



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o caso da distribuição de
medicamentos de alto custo**

LUCAS GOMES LEAL

BRASÍLIA

2016

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

LUCAS GOMES LEAL

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o caso da distribuição de
medicamentos de alto custo**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do
título de bacharel em Direito pela Universidade de Brasília –
UnB.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

BRASÍLIA

2016

LUCAS GOMES LEAL

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o caso da distribuição de medicamentos
de alto custo**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora
composta por:

Paulo Henrique Blair de Oliveira

Professor Doutor e Orientador

Wilson Roberto Theodoro Filho

Professor Doutor e Examinador

Ana Claudia Farranha

Professora Doutora e Examinadora

Roberto Dalledone Machado Filho

Professor Mestre e Suplente

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me ilumina e guarda os meus caminhos.

A meus pais, pelo cuidado e zelo pela minha pessoa.

A meu orientador, que sempre esteve disponível para o debate e discussão de ideias.

Aos meus irmãos, Thiago e Juliana, que sempre me apoiaram durante essa trajetória.

A minha sobrinha, Esther, por sua alegria e simplicidade que me contagiam.

A meus colegas de turma, com os quais vivenciei os momentos da graduação.

RESUMO

A presente monografia procura apresentar o debate sobre a imposição judicial da concessão de medicamentos de alto custo. Primeiramente, faz-se um panorama da saúde no Brasil, mostrando o complicado tratamento dado à saúde e como se inserem as políticas públicas de assistência farmacêutica para medicamentos de alto custo. Defende-se que a divisão entre medicamentos essenciais e medicamentos excepcionais é um ato de violência, que lida com a questão da indecidibilidade, mas também envolve a questão problemática da igualdade. Apresenta-se uma análise crítica sobre o mínimo existencial e a reserva do possível, que integram a visão atual dos Tribunais, mas minam a autonomia do direito frente à economia. Por fim, discute-se a atuação do Judiciário na concessão de demandas de saúde, mediante a discussão de vários modelos teóricos, que são o juiz Hércules, de Dworkin; o juiz “ponderador”, de Alexy; o juiz Iolau, de Marcelo Neves. Apresenta-se um tipo inusitado de juiz, típico da realidade jurídica brasileira, qual seja, o juiz Cartola, o qual apresenta um discurso mágico para os cidadãos, a partir da afirmação de teorias que destroem a autonomia do direito.

PALAVRAS-CHAVE: assistência farmacêutica; ativismo judicial; direito à saúde; escassez; indecidibilidade; mínimo existencial; ponderação; reserva do possível; teoria dos sistemas.

ABSTRACT

This work intends to present the debate about the imposition of judicial granting of high cost medications. Firstly, performs a panorama of health in Brazil, showing the complicated treatment given to health and introducing pharmaceutical assistance public policies for high cost medications. Advocates that the division between essential medicines and exceptional medicines is an act of violence, which deals with the question of undecidability, but also involves the problematic issue of equality. It presents a critical analysis about minimum of existence and reserve of possible, that integrate the current view of the courts, but destruct the autonomy of the right front of the economy. Finally, it discusses the actuation of the judiciary in granting healthcare demands upon the discussion of several theoretical models, which are judge Hercules, of Dworkin; judge of "weighting", of Alexy; judge Iolau, of Marcelo Neves. It presents an unusual type of judge, typical of present Brazilian juridical culture, which is the magician judge "Hat", which presents a magical discourse to the citizens from the affirmation of theories that destroy the autonomy of rights.

KEY WORDS: judicial activism; judicial self-restraint; minimum of existence; pharmaceutical assistance; reserve of possible; right to health; scarcity; systems theory; undecidability; weighting.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	SISTEMA DE SAÚDE E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1	Sistemas de proteção social no mundo	10
2.2	Evolução do sistema de saúde brasileiro.....	16
2.2.1	Da década de 20 até a Constituição Federal de 1988	16
2.2.2	Perspectivas para o presente tempo	18
2.3	Políticas públicas de acesso a medicamentos e o arcabouço normativo brasileiro ...	22
2.4	Descentralização na saúde e distribuição de medicamentos	34
3	AFIRMAÇÃO DE DIREITOS OU DA ESCASSEZ?	39
3.1	O argumento da escassez	39
3.2	Reserva do possível e mínimo existencial	44
3.3	Supremo Tribunal Federal, escassez e a reserva do possível.....	47
3.4	Para uma independência entre direito e economia	56
4	ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DE DEMANDAS DE SAÚDE. 62	
4.1	Ativismo judicial	62
4.2	O juiz Hércules	68
4.3	O juiz “ponderador”	78
4.4	O juiz Iolau.....	85
4.5	O mágico juiz Cartola	86
5	CONCLUSÃO	89
	REFERÊNCIAS.....	91

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surge de inquietações advindas vivência acadêmica, mas também cotidiana, cujas perplexidades são aqui trabalhadas. Por um lado, todos os dias os noticiários estão “recheados” de casos em que os direitos dos cidadãos são aviltados, em virtude da incapacidade do Estado de oferecer condições dignas de acesso à saúde. Por outro, magistrados são submetidos à mais variada possibilidade de casos envolvendo o fornecimento de medicamentos ou a prestação de serviços de saúde pelo Poder Público.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar suspendendo decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo que impedia a distribuição do medicamento Fosfoetanolamina Sintética, o qual tem sido utilizado no tratamento de pacientes com câncer. O entendimento firmado na decisão monocrática do Ministro Edson Fachin foi o de que a distribuição de medicamento sem registro na ANVISA não implica, necessariamente, lesão à ordem pública¹. Aproximadamente 742 pacientes que padecem com tal doença tiveram sua pretensão de aquisição do medicamento prejudicada pela decisão do presidente TJSP².

Trata-se de um caso difícil, uma vez que em todo o país há pessoas que sofrem com tal doença. De outro lado, há o caráter experimental do medicamento, cujos efeitos colaterais e efeitos para a saúde humana são ainda incertos, necessitando de um maior rigor técnico para sua disponibilização, o que demanda tempo e esforços por parte dos estudiosos e das instâncias governamentais. Também, a incapacidade de a Universidade Federal de São Carlos produzir a fosfoetanolamina a todos quantos precisem. Dessa forma, deve-se proibir o uso do medicamento, deixando milhares de pessoas à míngua? Ou trata-se do comando constitucional de atendimento ao direito à saúde, devendo a universidade, mesmo diante das incertezas presentes e da dificuldade de produzir o medicamento, distribuir medicamentos experimentais? Ou, então, trata-se de uma questão de políticas públicas da distribuição de

¹ MC na Petição 5828, Rel. Min. Edson Fachin, DJE de 19.10.2015

² G1. **STF determina entrega de cápsulas da USP para paciente com câncer**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/10/stf-determina-entrega-de-capsulas-da-usp-para-paciente-com-cancer.html>> Acesso em: 13.nov.2015

medicamentos, devendo tal questão ser decidida pelo Poder Legislativo, mediante maior amadurecimento provocado pela abertura para o debate público?

Recordo-me de uma palestra ministrada por um juiz de direito, o qual, durante uma passagem, começou a explanar sobre o direito da saúde. Nessa ocasião, disse que “em relação à vida, estamos na lei da selva. Quem judicializa, está ganhando, pois é mais esperto, já que está furando a fila. No entanto, esse é o jogo”. Essa fala, por mais absurda que pareça, ainda é recorrente no íntimo dos magistrados em todo o país. Trata-se a realidade como um estado de guerra, e o direito à saúde como uma “arma” para ser utilizada para de diferenciar competitivamente diante dos outros, por intermédio da estrutura do Poder Judiciário.

Esses casos foram apresentados para mostrar quão controvertida é a questão da judicialização da saúde nos tempos modernos, de modo que é complicado formular uma resposta simples e *a priori* para todos os casos que ocorrem no mundo dos fatos. Portanto, pretende-se refletir a legitimidade da atuação do Judiciário brasileiro no que concerne à imposição ao Poder Público de distribuir medicamentos ou prestar serviços médicos de alto custo.

No primeiro capítulo, buscar-se-á fazer um panorama de como se deu a implantação de um modelo de acesso universal à saúde no Brasil, e quais são os enfrentamentos para a efetivação das normas programáticas constitucionais, diante das mudanças ocorridas nos meios técnico, científico, econômico e social.

No segundo capítulo, faz-se um contraponto entre os sistemas econômico e jurídico, numa disputa entre a afirmação do código jurídico ou do econômico.

No terceiro capítulo, discute-se qual ou quais são os parâmetros que os juízes devem seguir ao se depararem com demandas judiciais que pleiteiam o acesso a medicamentos ou a serviços médicos.

2 SISTEMA DE SAÚDE E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Sistemas de proteção social no mundo

O desenvolvimento de sistemas de proteção social no mundo relaciona-se com o próprio desenvolvimento do direito, a partir das mudanças do papel que este desempenha na sociedade.

Na pré-modernidade, o direito estava baseado em conteúdos morais, a fim de se conformar a uma ordem natural. Na transição para a modernidade, opera-se a ruptura com tal moral conteudística e hierarquizante. Podem ser destacados três paradigmas, que inclusive influenciam a formação de sistemas de saúde: Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, o Estado de Direito institui a igualdade formal entre os homens. Nele, afirma-se que todos os homens são livres, iguais e proprietários, no mínimo, de si próprios³. Isso representa uma ruptura em relação ao paradigma antigo-medieval, segundo o qual poderia haver relação de superioridade jurídica entre os indivíduos. Por outro lado, o Estado de Direito entende a liberdade como a possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proíbam. Pela igualdade formal, tem-se que o conjunto de leis que compõem o ordenamento jurídico valem para a sociedade como um todo, colocando fim às ordens escalonadas de privilégios.

Após a I Guerra Mundial, vem à tona o segundo modelo, o do Estado Social. O Estado de Direito foi incapaz de promover igualdade material, que tentará ser promovida pelo Estado Social, de Bem-Estar ou Welfare State. Este paradigma defende outra ideia dos conceitos de liberdade e de igualdade. A liberdade do Estado Social é tendencialmente material, ou seja, envolve a exigência de leis que reconheçam materialmente as diferenças. A igualdade, por sua vez, também é afirmada materialmente quando se defende o lado mais fraco das relações.

³ CARVALHO NETTO, 2002, p.75

Fruto da necessidade de atender às necessidades dos cidadãos, oferecendo-lhes segurança e proteção social, surgiram os primeiros sistemas de proteção social. Na Alemanha, destacou-se o modelo iniciado por Otto Von Bismarck em 1883, enquanto na Inglaterra, o preconizado pelo Lorde Beveridge, em 1948. Enquanto o modelo alemão era contributivo, isto é, era financiado pelos trabalhadores e empregadores, o modelo anglo-saxão era financiado por impostos gerais⁴.

Com as crises que afetaram todo o mundo, entrou em colapso o modelo do Bem-Estar Social. Assim, entra em cena o modelo do Estado Democrático de Direito. Em relação a ele, existem grandes divergências teóricas quanto à sua fundamentação. Em apertada síntese, Habermas defende o paradigma procedimental como um terceiro paradigma que supera a disputa entre o paradigma liberal e o paradigma do Estado Social, que foca na autonomia do cidadão na formação da opinião pública⁵. Luhmann defende a evolução social a partir da institucionalização para o processamento das frustrações de expectativas, de um modelo sistêmico que consegue responder à complexidade social a partir da diferenciação funcional⁶. Há uma diferença importante entre as duas acepções, uma vez que enquanto Habermas defende uma moral pós-convencional que é ao mesmo tempo universalista e reflexiva, Luhmann entende que a modernidade provoca uma neutralização da moral, não havendo algum ponto privilegiado mediante o qual se reflita racionalmente sobre a sociedade como unidade total, porquanto a racionalidade é sistêmica e cada perspectiva é parcial⁷.

Uma importante classificação dos sistemas de saúde no mundo é a adotada pela Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)⁸ em 1987, com base em três dimensões, quais sejam, cobertura, financiamento e titularidade. Assim, podem ser divididos em três tipos ideais, quais sejam, serviço nacional de saúde (national health service), seguro social (social insurance) e seguro privado (private insurance). O serviço de saúde nacional consiste na cobertura universal, a partir da arrecadação de impostos e da titularidade estatal da provisão dos serviços de saúde. O seguro social é um modelo de cobertura universal, sendo custeado por contribuições sociais para esse seguro, e com titularidade

⁴ BRASIL, 2011b, pp.29-30

⁵ HABERMAS, 1999, pp.941-942

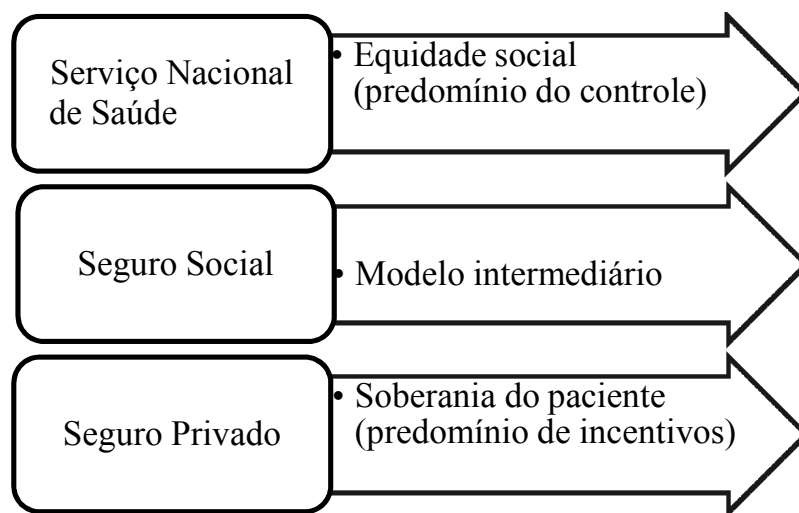
⁶ Nesse sentido, Luhmann afirma a natureza do direito: “O direito de um sistema social consiste em expectativas generalizadas congruentemente (1983, p.115)”.

⁷ NEVES, 2006, pp.50-51

⁸ A OECD é uma organização fundada em 14 de dezembro de 1960, e atualmente é formada por 34 países. Assim, os estudos publicados por essa organização referem-se a dados coletados dos países que a compõem.

privada, estatal ou de ambos. Ele é um modelo compulsório, custeado a partir de contribuições sociais, cuja administração pode se dar tanto na esfera pública quanto na privada. O seguro privado é um modelo custeado por contribuições privadas, com titularidade privada da provisão dos serviços de saúde⁹. O modelo do serviço nacional (national health service) também pode ser chamado de modelo de Beveridge, e está presente em países como Reino Unido, Nova Zelândia e Suíça. Já o modelo do seguro social (social insurance) também pode ser chamado de modelo de Bismarck, e está presente em países como Alemanha, Japão e Holanda. No modelo do seguro privado (private insurance), a prestação de serviços ocorre predominantemente na esfera privada, sendo custeada por contribuições individuais e/ou dos empregadores. O seguro privado também pode ser chamado de modelo da soberania do consumidor, porquanto a atuação do Estado está em oferecer incentivos, mas a prestação e o custeio são primordialmente realizados na esfera privada. Por seu turno, o seguro nacional pode ser chamado de modelo da equidade social, pois há o predomínio do controle da saúde pelo Estado¹⁰.

Figura 1. Tipos de sistemas de saúde por provisão e custeio (adaptado de BURAU; BLANK, 2006)



A partir de novos estudos realizados com base em vários sistemas de saúde pelo mundo, a OECD adota uma nova classificação em 2011, agrupando diferentes países em seis

⁹ WENDT; FRISINA; ROTHGANGM, 2009, p.74

¹⁰ BURAU; BLANK, 2006, p.65

grupos¹¹. Com base em dados coletados em vários países, a OECD constata que os indicadores de saúde de um país não dependem tanto do sistema de saúde adotado por ele, mas sim pela forma como ele o gere. Também, que o aumento de gastos em saúde tem gerado pressões nos orçamentos governamentais, de modo que, para manter a qualidade dos serviços oferecidos sem pressionar as finanças públicas, é necessário que atentem para uma maior eficiência nos sistemas de saúde¹².

Nesse íterim, a OECD traça algumas projeções e tendências para a saúde, que ajudam a entender melhor a saúde no mundo. Primeiro, houve nos últimos anos tendência de forte queda da mortalidade e aumento da longevidade. De 1960 a 2008, a expectativa de vida aumenta 10 anos, chegando ao nível de 79 anos¹³. Ademais, esse órgão constata um aumento expressivo dos gastos nos países em saúde, o que é mostrado pelo crescimento em 74% do gasto per capita no período de 1990 a 2008 nos países da OECD. No entanto, o aumento dos gastos em saúde não implica necessariamente melhoria dos indicadores de saúde. Por exemplo, conforme dados de 2008, a Dinamarca gastava mais do que a Suíça e a Islândia em saúde, mas os indicadores destes países eram melhores do que o da Dinamarca¹⁴. Desse modo, a eficiência dos gastos em saúde possui grande repercussão nos indicadores de saúde. Segundo projeção da OECD, se todos os países que compõem a organização se tornarem eficientes de forma semelhante aos parâmetros traçados pelo órgão, a expectativa de vida ao nascer desses países poderia subir até dois anos, sem nenhum aumento de gastos governamentais¹⁵.

Em 1975, David Mechanic, pesquisador do Instituto de Saúde da Universidade de Rutgers – New Jersey –, lançou uma hipótese que se notabilizou, qual seja, a hipótese da convergência, frente ao seu poder explicativo da evolução da saúde no mundo. Pela hipótese da convergência, sugere-se que, apesar das diferenças ideológicas que permeiam os países, o crescimento da biotecnologia e da medicina oferece pressões para soluções organizacionais comuns entre eles¹⁶. Em 1996, mais de vinte anos depois da publicação da teoria da convergência, Mechanic publica artigo “Comparative Medical Systems”, em que corrobora os

¹¹ Essa nova classificação se baseia nos seguintes critérios: grau de confiança no mecanismo privado ou na regulação para suprir a demanda de serviços; o grau de oportunidades oferecidas ao usuário; o rigor com que as limitações são estruturadas (OECD, 2011, p.230).

¹² OECD, 2011, p.221

¹³ OECD, 2011, p.223

¹⁴ OECD, 2011, pp.224-225

¹⁵ OECD, 2011, pp.222

¹⁶ MECHANIC, 1975, p.61

fatores de convergência entre os sistemas de saúde. Os fatores que produzem esse fenômeno são:

[...] o caráter dinâmico do conhecimento e tecnologia médicos e a força que os sustêm; o efeito da demanda médica nas economias nacionais; mudanças demográficas e, particularmente, o envelhecimento das populações; mudança de padrões epidemiológicos; e o aumento da comunicação de massa, associado ao crescimento de expectativa de vida¹⁷.

Em relação às doenças que acometem a sociedade, houve considerável transformação da composição do seu padrão. Segundo informações do Banco Mundial, em 1970 e 1985, as principais causas de morte foram doenças infecciosas e parasitárias, além de doenças no sistema circulatório¹⁸.

Tabela 2. Taxas de mortalidade estimadas e projetadas (por 100.000), no mundo, por causa principal e sexo. World Bank, 1992

	1970		1985		2000		2015	
Causa	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher
Todas as causas	1293	1281	1064	1004	863	802	880	776
Infecções	449	449	318	294	176	179	140	133
Neoplasma	95	96	108	96	108	98	128	114
Circulatório	297	324	262	286	292	283	339	314
Gravidez	0	13	0	9	0	9	0	7
Perinatal	86	70	79	59	48	36	37	27
Ferimento	93	40	97	56	78	37	79	32
Outros	273	289	201	204	161	167	157	15

A partir da Tabela 02, percebe-se que, com o passar do tempo, houve diminuição relativa do número de mortes por infecções, que caiu de 449 mortes a cada 100.000 habitantes do sexo masculino e do feminino no ano de 1970 para 140 mortes de indivíduos do sexo masculino e 133 do sexo feminino. Essa diminuição das mortes relacionadas a infecções foi

¹⁷ MECHANIC; ROCHEFORT, 1996, p.243

¹⁸ BULATAO; STEPHENS, 2015, p.6

acompanhada de notável aumento do número de mortes causadas por doenças ligadas ao sistema circulatório.

A Organização Mundial da Saúde constatou que, no ano de 2000, as principais doenças que causavam mortes eram cardiopatia isquêmica, acidentes cerebrovasculares, infecções das vias respiratórias inferiores e enfermidade pulmonar obstrutiva crônica¹⁹. Em 2012, essas doenças continuaram a manter sua primazia de ocorrência, permitindo inferir que realmente houve uma significativa alteração dos padrões da década de 70 do século passado para o século XXI.

Tal mudança significou a necessidade de rever a estruturação dos sistemas de saúde no mundo, pois passou-se para uma realidade mais complexa, na qual doenças crônicas predominam, exigindo tecnicidade e gastos no setor de saúde mais densos. Tanto é que os países passaram a investir mais pesadamente na área da saúde, para fazer frente ao aumento expressivo das doenças crônicas, movimento que ocorreu, inclusive, no Brasil.

Tabela 3. Gastos per capita em saúde. WHO, 2015

País	Gasto per capita total em saúde (\$)		Gasto governamental per capita em saúde (\$)	
	2010	2012	2010	2012
Estados Unidos	4818	8845	2074	4153
Dinamarca	2514	4615	2109	3958
Argentina	841	1550	453	1074
Brasil	626	1388	252	659

Como mostra a Tabela 03, os gastos totais per capita do Brasil em saúde, mais que dobraram no período de 2010 a 2012, saltando de 626 dólares em 2010 para 1388 dólares no ano de 2012, fruto dessa necessidade de maior preocupação com a complexidade da realidade social. Não apenas no Brasil foram necessários esforços para aumentar gastos em saúde, mas nos países como um todo, que vivenciaram o avanço científico-tecnológico, o envelhecimento de sua população e a mudança do padrão de doenças, ressaltando uma maior atuação governamental para garantir direitos fundamentais.

¹⁹WHO. **Las 10 causas principales de defunción en el mundo**. Disponível em: < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs310/es/>> Acesso em: 01.set.2015

2.2 Evolução do sistema de saúde brasileiro

2.2.1 Da década de 20 até a Constituição Federal de 1988

De forma geral, o modelo de saúde no Brasil, entre os anos de 1920 até os de 1980, esteve baseado em dois pilares de atenção à saúde: saúde pública e medicina previdenciária. O primeiro pilar, de atenção à saúde, não recebeu a devida atenção do Estado. O segundo pilar partia de uma vinculação entre trabalho formal e medicina, de forma que apenas as profissões regulamentadas eram objeto de tal cuidado, criando uma situação chamada de “cidadania regulada”, na qual as formas de proteção social beneficiavam apenas aqueles cujo trabalho era reconhecido pelo Estado²⁰.

Antes desse período, a participação do Estado em políticas públicas voltadas à saúde era mais modesta, sendo mais voltada para ações de saneamento e combate a endemias²¹. Já houve movimentos durante o Império no sentido de combater doenças infecciosas, como a febre amarela, mas não se fez presente uma preocupação estatal no sentido do estabelecimento de um sistema de saúde que atendesse às demandas da população.

Com efeito, a construção de um modelo de proteção social ocorreu de forma lenta, a partir desse ideal de “cidadania regulada”, movida pelo reconhecimento de que o Estado deveria suprir as deficiências provocadas por uma liberdade absoluta.

Em 1923, é aprovada a Lei Eloy Chaves, a qual dispunha que cada empresa ferroviária deveria implantar uma Caixa de Aposentadoria e Pensão para os empregados, dependentes e prestadores de serviços sem vínculo dessas empresas. As caixas eram administradas e mantidas no âmbito de cada empresa ferroviária. Percebe-se, então, que a proteção social brasileira começa a partir das contribuições da esfera privada.

Na década seguinte, são criados Institutos de Aposentadoria e Pensão de diversas categorias econômicas, ocorrendo expansão do modelo de proteção. Cabe ressaltar que esses institutos apresentavam uma solução contratual para as necessidades dos indivíduos, ou seja,

²⁰ SANTOS apud MANSUR, 2001, p.35

²¹ MEDICI apud COSTA, 2002, p.50

o suprimento variava de acordo com a capacidade econômica, e também ficava restrito a determinados setores²². A Constituição de 1934, em seu art.121, §1º, “h”, inova ao instituir o modelo tripartite de custeio da previdência social, sendo formado pela contribuição dos trabalhadores, dos empregadores e do Poder Público²³.

Cabe ressaltar que baixa foi a atenção do Poder Público em relação à destinação de verbas para o atendimento das demandas de saúde. Estima-se que, nos idos de 1950, menos de 1% do PIB era destinado aos programas de saúde²⁴. Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde, o que, em certa medida, proporcionou maior preocupação na realização de políticas públicas em saúde. Contudo, tal esforço não foi o bastante, já que esse ministério competia com os demais, e não recebia quantidades suficientes de recursos para o desempenho de suas funções. No mais, ainda predominava a política herdada do Império de vigilância epidemiológica e de promoção de saneamento.

O crescimento da previdência no Brasil e, conseqüentemente, da arrecadação possibilitou a formação de uma estrutura hospitalar privada e o avanço da indústria farmacêutica no país. Os Institutos de Aposentadoria e Pensão cresceram com um maior número de filiados, mas também cresceu a quantidade de gastos do sistema. Por conseguinte, os institutos passaram a não suportar mais a quantidade de gastos, entrando em colapso²⁵.

Para resolver esse problema, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1967, o qual unificou a previdência urbana, aumentando consideravelmente a base de contribuintes. O INPS situava-se numa lógica de contratação de serviços hospitalares privados, havendo a deterioração da infraestrutura própria de serviços da previdência²⁶.

O modelo vigente excluía boa parte da população dos serviços de saúde, porquanto estava atrelado à previdência. Ademais, sua fonte de financiamento tornou a

²² COSTA, 2002, p.50

²³ A Constituição Federal de 1934 assim dispunha:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, **e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado**, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (grifo nosso).

²⁴ BRASIL, 2011b, p.17

²⁵ MANSUR, 2001, p.38

²⁶ CARVALHO apud MANSUR, 2001, p.39

estabilidade do sistema totalmente depende dos ditames da política econômica, uma vez que “a medicina previdenciária era financiada por uma fração da atividade econômica do país, pelo trabalho assalariado e pela indústria²⁷”.

Fez-se necessário o atendimento das demandas da população, e foram criados, em 1974, o Plano de Pronto Ação (PPA) e o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS). O FAS oferecia recursos que eram utilizados de forma predominante para a construção de hospitais privados. Por seu turno, o PPA permitiu o tratamento ambulatorial de toda a população em casos de urgência, representando um passo importante para a universalização do atendimento²⁸. Em 1977, cria-se o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS). Foi mantida a tendência já presente no cenário brasileiro de prestação de serviços pelo setor privado com recursos da previdência²⁹.

Com a Constituição de 1988, tornou-se obrigatória a implantação de um sistema único de saúde, inaugurando uma nova era para a proteção jurídica social brasileira. No entanto, como se vê, a proteção social brasileira herdou um modelo privatista, com alta defasagem das estruturas de atendimento público. Ainda mais, nunca houve uma tradição no Brasil de atendimento universal. Ao contrário, o sistema de saúde no Brasil desenvolveu-se à margem do sistema previdenciário, sendo fortemente marcado pela exclusão das classes mais necessitadas. Desde a década de 20, as classes com reconhecimento estatal e com condições financeiras de contribuírem para o sistema previdenciário foram beneficiadas. No extremo oposto, estão as camadas da população à margem do sistema previdenciário e destituídas dos cuidados para uma vida digna.

2.2.2 Perspectivas para o presente tempo

A Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, foi promulgada em momento de grande clamor social pela inserção social e afirmação da

²⁷ MANSUR, 2001, p.40

²⁸ PAULUS JUNIOR; CORDONI JUNIOR, 2006, p.14

²⁹ PAULUS JUNIOR; CORDONI JUNIOR, 2006, p.16

cidadania dos indivíduos, independentemente de classe ou origem. Grande foi o avanço em relação à legislação brasileira sobre a afirmação do direito à saúde. Pelo art.196 da Constituição, tem-se que o direito à saúde é direito de todos – e não apenas de determinadas classes profissionais –, dever do Estado, e será garantido mediante políticas sociais e econômicas³⁰. Dessa forma, o novo sistema prioriza a formulação de políticas públicas para o atendimento das necessidades sociais, a fim de fornecer à população acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde.

Infelizmente, ocorreu o inverso após a promulgação do texto constitucional, porquanto o investimento em saúde caiu sensivelmente. Entre os anos de 1989 e 1992, os gastos federais com saúde reduziram de US\$ 19,2 bilhões para US\$ 10 bilhões³¹. Com efeito, a implantação do SUS deu-se em momento de ajuste fiscal e de combate à inflação, colocando em xeque o comando constitucional de efetividade no atendimento dos direitos sociais. Um fator relevante que incentivou esse cenário foi a mudança da destinação da Contribuição de Empregados e Empregadores, que deixou de ser partilhada entre saúde, assistência social e previdência para ser destinada para o custeio desta última³².

Frente ao descompasso entre a realidade e o comando normativo, surgiu forte movimento político a favor da vinculação de recursos para a área da saúde. Assim, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, com o intuito de assegurar a destinação de um patamar mínimo de recursos para a saúde. A EC 29/2000 surtiu efeitos positivos, havendo crescimento real de 10% em 2001 em relação aos gastos do ano anterior³³.

Malgrado lentos e graduais, houve avanços a partir da implantação do modelo preconizado pela Constituição de 1988. Dentre eles, pode-se destacar um tratamento mais adequado do fornecimento pelo Estado dos meios adequados à concretização do direito à saúde; a descentralização da gestão, mas, ao mesmo tempo, a adoção de um sistema único, com atribuição de responsabilidades em todas as esferas governamentais.

³⁰ Art.196 da CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³¹ MEDICI, 2002, p.41

³² BRASIL, 2011b, p.19

³³ BRASIL, 2011b, p.50

Não se pode negar que o estabelecimento de padrões a serem seguidos estimulou uma cultura jurídica que considera relevante o atendimento aos direitos sociais, buscando dar maior cobertura e universalidade à saúde. Tanto é que, no período entre o ano de 2000 e o de 2012, o percentual do Brasil nos gastos totais em saúde cresceu quase 32%, enquanto o do Chile cresceu 1,3%, e o da Dinamarca cresceu 26,4%, como se pode notar a partir dos dados explicitados na Tabela 03.

Tabela 03. Proporção dos gastos em saúde. WHO, 2015

País	Gasto total em saúde em porcentagem do PIB		Gasto governamental em saúde em porcentagem dos gastos totais governamentais	
	2000	2012	2000	2012
Estados Unidos	13,1	17	16,8	20
Canadá	8,7	10,9	15,1	18,5
Dinamarca	8,7	11	13,6	15,9
Argentina	7,6	6,8	14,7	22,5
Chile	7,2	7,3	11	14,9
Brasil	7,2	9,5	4,1	7,9

No entanto, o sistema de saúde brasileiro ainda sofre com graves problemas operacionais. Em um primeiro momento, o montante de recursos públicos investidos em relação ao montante total dos gastos governamentais ainda é extremamente baixo, em comparação com outros países congêneres, mesmo se considerados expressivos avanços nos últimos anos. Enquanto os Estados Unidos, a cada 100 dólares, gastam-se 20 dólares em saúde, no Brasil são gastos 7,9 dólares. Sendo assim, o governo brasileiro gasta pouco em saúde, em confronto com todos os outros gastos.

Tabela 04. Gastos públicos e privados em saúde. WHO, 2015

País	Gastos privados em percentual dos gastos totais em saúde		Gastos governamentais em porcentagem dos gastos totais em saúde	
	2000	2012	2000	2012
Estados Unidos	57	53	43	47
Canadá	29,6	29,9	70,4	70,1
Dinamarca	16,1	14,2	83,9	85,8
Argentina	46,1	30,7	53,9	69,3
Chile	63,9	52,3	36,1	47,7
Brasil	59,7	52,5	40,3	47,5

Como se nota dos dados da Tabela 04, o Brasil, no ano de 2000, possuía 59,7% do total de gastos em saúde sendo efetuados pela iniciativa privada. No ano de 2012, a participação privada diminuiu para 52,5%, fruto de fortes tentativas de aumentar a importância governamental na prestação de serviços de saúde. Entretanto, o Brasil ainda possui a primazia do setor privado no âmbito da saúde, o que pode ser explicado pelo nosso passado histórico de contratação da infraestrutura privada pelo Estado para o fornecimento dos serviços de saúde, mas também pela grande vinculação da saúde ao pilar da medicina previdenciária, favorecendo os trabalhadores vinculados formalmente ao mercado de trabalho, enquanto a saúde coletiva não foi prioridade do governo. Dos países selecionados, o que possui a maior importância do Estado é a Dinamarca, que, em 2012, conseguiu aumentar mais ainda o peso dos recursos públicos no financiamento da saúde, subindo de 83,9% para 85,8%. Por seu turno, em 2000, o país que mais possuía concentração de recursos privados era o Chile, que conseguiu aumentar de forma extraordinária a “fatia” estatal no financiamento da saúde, ultrapassando até o Brasil. É importante frisar que, embora possuam realidades bem distintas, todos os países, com exceção do Canadá, efetuaram elevação dos gastos governamentais em relação aos privados, o que foi uma tendência ocorrida nesse período.

Outra questão relevante é a qualidade da prestação de serviços do SUS. Em geral, dados sobre cobertura de atendimento não revelam se o atendimento nos hospitais é adequado e eficiente. Portanto, é um atributo difícil de ser avaliado. No entanto, percebe-se em pesquisas de opinião que a insatisfação popular no que tange à qualidade e rapidez do atendimento no SUS é imensa. Conforme estudo realizado pelo IBOPE e CNI em 2012, 61% da população considera os serviços de saúde públicos maus ou péssimos. Não bastasse isso,

pesquisa da Datafolha de 2012 revela que 39% da população vê a saúde como “o principal problema do país³⁴”.

2.3 Políticas públicas de acesso a medicamentos e o arcabouço normativo brasileiro

Cumprir destacar a importância dada pela Constituição à formulação de políticas públicas, sobretudo na área de saúde³⁵. De forma geral, por políticas públicas pode-se entender que são ações do governo com o intuito de garantir o atendimento das necessidades sociais. Sua elaboração, ante a escassez de recursos, aumenta em importância, porquanto à medida que os Estados devem promover a inclusão social, também sofrem a pressão econômica de limitação de gastos, com constante tentativa de adotar orçamentos equilibrados³⁶.

A elaboração de políticas públicas, assim como o direito, é um ato de poder e, portanto, provoca um ato de violência. “O conceito de violência pertence à ordem simbólica do direito, da política e da moral – de todas as formas de autoridade ou de autorização, ou pelo menos de pretensão à autoridade³⁷”. As políticas públicas distributivas, quando consideram alguns grupos, necessariamente estão excluindo a satisfação da necessidade de outros grupos, já que as necessidades são infinitas, mas os recursos são escassos. Assim, deve o Estado fazer uma seleção das necessidades mais relevantes para serem protegidos.

Essa violência inevitavelmente ocorrerá, mas o governo deve envidar esforços para que as políticas públicas sejam as mais inclusivas possíveis. O direito promove decisões que podem, muitas vezes, gerar injustiças. Derrida faz a diferença entre direito e justiça a partir de três aporias³⁸: a epokhé da regra; a assombração do indecível; a urgência que barra

³⁴ GRAGNOLATI; LINDELOW; COUTTOLEN, 2013, pp.95-96

³⁵ Art.196 da CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (grifo nosso)

³⁶ SOUZA, 2006, pp.20-21

³⁷ DERRIDA, 2010, pp.74-75

³⁸ Derrida explicita o conceito de aporia a partir de uma contraposição entre aporia e experiência. “Uma experiência é uma travessia, como a palavra o indica, passa através e viaja a uma destinação para a qual ela

o horizonte do saber. Pela primeira aporia, a decisão jurídica, para ser justa, deve ser regrada e não regrada ao mesmo tempo. À medida que se conforma regras, a decisão também promove uma interpretação reinstauradora, agindo como se a lei não existisse anteriormente, como se inventasse a lei em cada caso, ocorrendo um “julgamento novamente fresco” (fresh judgment). Para que uma decisão seja justa, é necessário que se considere cada caso como merecedor de uma interpretação única, implicando interpretação reinventiva³⁹.

Na segunda aporia, a justiça não pode se efetivar sem uma discussão indiscutível. “O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável⁴⁰”. Uma decisão que se baseia em processo calculável, não enfrentando a indecidibilidade, pode até ser legal, mas não é justa⁴¹. Derrida constrói a diferenciação entre direito e justiça a partir da desconstrução. Desconstrução no sentido de desmoronar toda presunção à certeza determinante de uma justiça presente a partir da ideia de uma justiça infinita porque irreduzível⁴². Na aporia da urgência que barra o horizonte do saber, Derrida entende a justiça como algo que não espera, que sempre é requerida com urgência, não se permitindo o saber sem limite de informações ou a informação infinita⁴³.

Como ato de violência que são, as políticas públicas de distribuição de medicamentos são decisões que enfrentam a questão da indecidibilidade. Não se pode calcular uma justiça que satisfaça as necessidades da população para medicamentos. Entretanto, a partir de esforços governamentais essa questão pode conduzir a uma maior inclusão da população.

No âmbito da formulação de políticas públicas no Brasil, cabe destacar, inicialmente, a criação da Central de Medicamentos – CEME – no ano de 1971, com o intuito de fornecer medicamentos para os indivíduos de baixo poder aquisitivo e regular a produção e distribuição pelo Estado de medicamentos. Quando da sua criação, a CEME era vinculada à Presidência da República. Em 1975, a CEME passa a subordinar-se ao Ministério de Previdência e Assistência Social, e, finalmente, em 1985 passa para o Ministério da Saúde⁴⁴. A Central de Medicamentos é instância responsável pela assistência farmacêutica no Brasil

encontra passagem. A experiência encontra sua passagem, ela é possível. Ora, nesse sentido, não pode haver experiência plena da aporia, isto é, daquilo que não dá passagem (2010, pp.29-30)”.

³⁹ DERRIDA, 2010, p.44

⁴⁰ DERRIDA, 2010, p.30

⁴¹ DERRIDA, 2010, pp.46-47

⁴² DERRIDA, 2010, p.49

⁴³ DERRIDA, 2010, p.51

⁴⁴ BRASIL, 2002, p.7

até 1997, ano em que é desativada, e suas funções são transferidas para diversos setores e órgãos do Ministério da Saúde⁴⁵. Inicialmente, a Central de Medicamentos priorizava a aquisição de medicamentos oriundos de laboratórios nacionais, no intuito de fortalecer a indústria farmacêutica nacional, contudo, com o passar do tempo, foi crescente a participação dos laboratórios estrangeiros⁴⁶.

A formulação de listas de medicamentos tem suas origens no Decreto nº 53.612 de 1964, o qual criou a Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Materiais para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Em 1971, a criação da Central de Medicamentos ressalta o desenvolvimento, aquisição e fornecimento de medicamentos. Em 1976, ocorre a homologação da Relação Nacional de Medicamentos Básicos – RMB –, a qual é atualizada em 1977, sendo chamada oficialmente de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME⁴⁷.

Nos dias 17 a 21 de março de 1986, ocorreu a VIII Conferência Nacional de Saúde, na qual se discutiu o futuro do sistema de saúde brasileiro. O relatório final dessa conferência inclusive orientou a Assembleia Nacional Constituinte, influenciando a criação do Sistema Único de Saúde – SUS. Em 1988, a Constituição Federal cria o Sistema Único de Saúde – SUS –, e estabelece, em seu art.198, as diretrizes do SUS: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art.198, inc.I); b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art.198, inc.II); participação da comunidade (art.198, inc.III).

Em 1980, é promulgada a Lei Orgânica de Saúde – Lei 8.080/80 (LOS) –, que define o Sistema Único de Saúde, em seu art.4º, como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Esse sistema se fundamentou em três princípios gerais: a) acesso universal aos serviços, tendo o Estado a obrigação de fornecê-los; b) igualdade de acesso; integralidade e continuidade no atendimento⁴⁸. A assistência farmacêutica, portanto, insere-se no campo de atuação do SUS.

⁴⁵ BRASIL, 2011, p.11

⁴⁶ BRASIL, 2002, p.8

⁴⁷ OLIVEIRA; LAVRA; BERMUDEZ, 2006, p.2383

⁴⁸ GRAGNOLATI; LINDELOW; COUTTOLLEN, 2013, p.1

A Central de Medicamentos, em função da nova realidade normativa inaugurada com a Constituição, mostrou-se demasiadamente centralizadora, incapaz de atender aos perfis epidemiológicos regionais de medicamentos, e muitas vezes levando ao desperdício de medicamentos⁴⁹. Fez-se necessário rever a assistência farmacêutica no país, para se adequar ao recém inaugurado Sistema Único de Saúde. Em 1997, a Central de Medicamentos é extinta, e, no ano seguinte, é criada a Política Nacional de Medicamentos, com a Portaria nº 3.916 do Ministério da Saúde. Segundo tal portaria, a Política Nacional de Medicamentos – PNM – possui a função de “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional àqueles considerados essenciais”. Como justificativa dessa mudança, estão a complexidade e o volume de serviços prestados pelo setor de saúde no Brasil; a importância de oferecer qualidade de vida à população; a necessidade de suprir novas demandas geradas pelo envelhecimento da população; o uso irracional de medicamentos e a prática corrente na sociedade brasileira de automedicação, que tornam importante uma política de medicamentos que racionalize o uso dos medicamentos e que reoriente a automedicação mediante processo educativo.

A Política Nacional de Medicamentos possui por diretrizes a adoção de relação de medicamentos essenciais; a regulamentação sanitária de medicamentos; a reorientação da assistência farmacêutica; a promoção do uso racional de medicamentos; o desenvolvimento científico e tecnológico; a promoção da produção de medicamentos; a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos e o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Dentro das diretrizes do PNM, várias ações foram tomadas. Foi priorizado o papel da RENAME, por intermédio da sua constante atualização. Para melhorar a regulamentação sanitária de medicamentos, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –, pela Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999. No intuito de melhorar o acesso a medicamentos e o seu uso, além de seu desenvolvimento, aquisição e distribuição, foi criada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF –, em 2004, por meio da Resolução nº 338 do Conselho Nacional da Saúde. Assim, todas essas iniciativas se inserem no contexto da recente reformulação da assistência farmacêutica no Brasil.

⁴⁹ BRASIL, 2002, p.8

Com o intuito de reorientar a assistência farmacêutica no Brasil, é implantado em 1999 o Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica, pela Portaria 176 do Ministério da Saúde. Por definição, a Assistência Farmacêutica Básica “compreende um conjunto de atividades relacionadas ao acesso e ao uso racional de medicamentos, destinado a complementar e apoiar as ações da atenção básica à saúde⁵⁰”. Em linhas gerais, esse programa pretendeu aumentar o acesso da população a medicamentos por intermédio de transferência de recursos da União, que ficava condicionada à contrapartida dos Estados e Municípios. No plano firmado, o Governo Federal deveria fornecer R\$1,00 (um real) por habitante/ano, o Governo Estadual, o mínimo de R\$0,50 (cinquenta centavos) por habitante/ano, enquanto o Governo Municipal, o mínimo de R\$0,50 (cinquenta centavos) por habitante/ano⁵¹. Assim, medicamentos eram adquiridos e distribuídos por gestores estaduais e municipais, a partir do financiamento com recursos federais, estaduais e municipais⁵².

Em 2004, foi implantado o Programa Farmácia Popular, pela Lei 10.858/04, regulamentado pelo Decreto 5.090, de 20 de maio de 2004. Antes de prosseguir, é necessário explicar as formas de gestão e distribuição de medicamentos que antecederam esse programa. Em primeiro lugar, a distribuição de medicamentos era coordenada pela Central de Medicamentos, a qual os repassava os Estados, que, por sua vez, armazenavam e distribuíam tais medicamentos. Para isso, o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (Inamps) estruturou as Centrais de Distribuição de Medicamentos (CDM), e as secretarias estaduais estruturaram as Centrais de Medicamentos Básicos (CMB)⁵³. Como já mencionado, a falta de articulação entre o CEME e as secretarias estaduais ocasionou a extinção da Central de Medicamentos em 1997. Nesse ano ainda, houve nova tentativa governamental de promover a distribuição de medicamentos e foi criado o Programa Farmácia Básica (PFB). O PFB funcionava de forma similar à Farmácia Básica da CEME, de forma que os medicamentos eram adquiridos pelo Ministério da Saúde e repassados a polos de distribuição, atendendo à população⁵⁴. Em 1998, entrou em cena o Plano Nacional de Medicamentos, que reafirmava a importância da descentralização nos serviços de distribuição de medicamentos em no ano de 1999, foram envidados esforços para a participação das três esferas governamentais para o Incentivo à Assistência Farmacêutica.

⁵⁰ BRASIL, 2001, p.8

⁵¹ BRASIL, 2001, p.13

⁵² BRASIL, 2002, p.21

⁵³ BRASIL, 2011a, p.39

⁵⁴ BRASIL, 2011a, p.40

Logo, o Programa Farmácia Popular não surgiu do nada. Ao contrário, emergiu como nova tentativa do governo de oferecer um serviço universal de acesso a medicamentos, sendo antecedida pela CEME e pelo Programa Farmácia Básica. A Lei 10.858/04, que instituiu o Programa Farmácia Popular, autorizou a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) a disponibilizar medicamentos a baixo custo para a população, inaugurando a primeira fase do programa. Essa primeira fase é marcada pela instalação de farmácias próprias, operadas pela Fiocruz, em parceria com Estados e Municípios⁵⁵. Posteriormente, em 2006, desenvolveu-se programa de copagamento denominado “Aqui tem Farmácia Popular”, expandindo o programa para as farmácias privadas. Funciona com o pagamento de uma quantia fixa pelo Governo, enquanto o cidadão cobre a diferença, de acordo com a marca do medicamento e o preço da farmácia⁵⁶.

Malgrado importante citar os programas de assistência farmacêutica para situar o contexto brasileiro de expansão das ações e serviços de saúde, são os medicamentos excepcionais a maior preocupação do presente tópico, importando pesquisar como demandas que pleiteiam medicamentos de alto custo chegam ao Judiciário, em vez de serem resolvidas no nível administrativo de implementação de políticas públicas.

A Portaria 3.916/1998 do Ministério da Saúde, que institui o PNM, define medicamentos essenciais como “os medicamentos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população”. Por outro lado, define medicamentos de dispensação em caráter excepcional como “medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos”. Assim, a RENAME pretende cobrir os medicamentos essenciais, isto é, aqueles que atendem à maioria da população. São medicamentos, geralmente de baixo custo, e que servem para tratar as enfermidades que acometem a maioria da população e compõem uma farmácia básica⁵⁷. Diferentemente, os medicamentos excepcionais são garantidos pelo Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional.

O histórico da disponibilização de medicamentos de alto custo remonta à Central de Medicamentos, cujas normas permitiam, em caráter excepcional, a distribuição de medicamentos não abarcados pela RENAME, quando exigido pela natureza ou gravidade da

⁵⁵ BRASIL, 2011a, p.52

⁵⁶ BRASIL, 2011a, pp.52-53

⁵⁷ DANTAS; SILVA, 2006, p.19

doença e pelas peculiaridades do paciente, não havendo medicamento substituto, sendo obrigatória justificativa expressa na prescrição médica, além de posterior auditoria homologando tal prescrição⁵⁸.

Já a feitura de uma lista com medicamentos de dispensação em caráter excepcional começou em 1993, quando foram incluídos os medicamentos Ciclosporina e Eritropoetina para pacientes transplantados e renais crônicos na tabela de valores dos procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA/SUS)⁵⁹. Em 23 de julho de 2002 foi publicada a importante Portaria GM/MS n. 1318, que adicionou número significativo de medicamentos, na ordem de 64 novos medicamentos em 155 apresentações⁶⁰. Posteriormente à Portaria GM/MS n. 1318/2002, novos medicamentos excepcionais foram incorporados pelas portarias SAS/MS n.21, de novembro de 2002 e SAS/MS n.203, de 19 de abril de 2005, totalizando 105 substâncias ativas em 203 apresentações⁶¹.

Em 2006, a Portaria GM/MS n. 2577, de 27 de outubro de 2006 provoca alterações importantes para a consideração dos medicamentos excepcionais no Brasil. Além de estender a lista já existente, padronizando 107 medicamentos, em 232 apresentações, e atendendo a 285 doenças, criou novo laudo para a dispensação excepcional de medicamentos, chamado de Laudo para Solicitação/Autorização de Medicamentos de Dispensação Excepcional (LME). No entanto, a inovação que mais interessa ao presente tópico é a necessidade de se observar a Medicina Baseada em Evidências para a inclusão de novos medicamentos, além da publicação de Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, somada ao acordo entre gestores da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), devendo ser considerada a disponibilidade orçamentária e o impacto financeiro⁶².

A Portaria 2577/2006 representa a percepção da importância da consideração nas políticas públicas de medicamentos da influência de dois importantes fenômenos recentes que influenciaram a atuação dos profissionais de saúde: a Medicina Baseada em Evidências (MBE) e a existência de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

⁵⁸ SILVA apud BRASIL, 2004, p.14

⁵⁹ BRASIL, 2011a, p.87

⁶⁰ BRASIL, 2011a, p.89. No próximo capítulo, será reafirmada a importância da Portaria GM/MS n.1318/2002 na discussão sobre a concessão de medicamentos de alto custo no STF, mais especificamente, na STA 91, de Presidência da Ministra Ellen Gracie.

⁶¹ BRASIL, 2011a, p.90

⁶² BRASIL, 2011a, p.92

A Medicina Baseada em Evidências é uma nova forma que orienta a atuação dos profissionais de saúde, exigindo deles atuação interdisciplinar, envolvendo vários campos do conhecimento. A MBE pode ser definida como “o emprego consciencioso, explícito e judicioso da melhor evidência possível na tomada de decisões sobre os cuidados de saúde de um paciente⁶³”. O termo foi cunhado pela primeira vez no Canadá em 1992, na Universidade de McMaster e possui profunda relação com a busca da melhor evidência para cuidados de saúde, por meio da formulação de perguntas estruturadas, de aperfeiçoada busca bibliográfica e senso crítico na análise da literatura médica⁶⁴.

Já os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas possibilitam parâmetros para tratar de determinado problema de saúde. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde oferece a seguinte definição para PCDT:

Os PCDT são recomendações, desenvolvidas por meio de revisão sistemática da literatura científica existente, para apoiar a decisão do profissional e do paciente sobre o cuidado médico mais apropriado, em relação às condutas preventivas, diagnósticas ou terapêuticas dirigidas para determinado agravo em saúde ou situação clínica⁶⁵.

A MBE está associada com a formulação dos PCDT, os quais precisam ter credibilidade e aceitabilidade. A MBE trabalha com ferramentas que permitem se conseguir a melhor informação para tomada de decisão, integrando a experiência clínica às melhores evidências científicas possíveis, permitindo a construção de parâmetros⁶⁶.

Existem duas considerações importantes a fazer em relação a pacientes que necessitam de medicamentos de alto custo. Em primeiro lugar, atender a pessoas que sofrem com doenças raras, e necessitam de medicamentos de natureza excepcional decorre de uma exigência constitucional de igualdade.

A Constituição, em seu art.3º, inc.IV, enuncia que é objetivo fundamental: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

⁶³ GUIMARÃES, 2010, p.369

⁶⁴ GUIMARÃES, 2010, pp.369-370

⁶⁵ BRASIL, 2011a, p.114

⁶⁶ BRASIL, 2011a, p.116

outras formas de discriminação”. Com efeito, as atividades governamentais devem desenvolver-se sem o estímulo a preconceitos. Evidentemente, a formulação de políticas públicas não é neutra, mas é influenciada pela visão das forças políticas que sustentam a base de apoio do governo. Para Dworkin, as políticas públicas não devem ser neutras, mas, em sua maior parte, devem afirmar o que a maioria pensa sobre a natureza do bem comum⁶⁷. Entretanto, elas mesmas não podem excluir completamente ou arbitrariamente as minorias, afirmando apenas a situação da maioria. A Constituição limita, assim, a formulação das políticas públicas, na medida em que estas não podem incitar a discriminação entre pessoas.

Pelo art. 5º, caput, da CF/88, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Esse famoso dispositivo consagra o princípio da igualdade formal no ordenamento jurídico brasileiro. Também, há o princípio da isonomia, mediante o qual os iguais são tratados igualmente, enquanto os desiguais, desigualmente, na medida da desigualdade.

Dworkin distingue dois princípios que possuem a igualdade como um ideal político. O primeiro princípio é o tratamento dos cidadãos como iguais, ou seja, “como tendo direito a igual atenção e respeito de sua parte⁶⁸”. O segundo exige a igualdade na atribuição de oportunidades, ou, pelo menos, a tentativa de conduzir a uma maior igualdade⁶⁹.

Sob outra perspectiva – sistêmica de Luhmann –, a igualdade consiste na diferenciação entre igual e desigual. Esse princípio possui um caráter problemático, pois é formulado quando se coloca a desigualdade em uma de suas facetas⁷⁰. Isso quer dizer que, para atentar-se a igualdade, deve-se considerar o que é desigual. Numa reinterpretação sistêmica do princípio da igualdade, Luhmann concebe um conceito formal de igualdade, no qual se considera a desigualdade como um dos polos⁷¹.

Marcelo Neves faz uma releitura da teoria sistêmica sobre a igualdade e da teoria de Dworkin sobre a igualdade, apreendendo a igualdade sob duas perspectivas: uma interna e outra externa. A perspectiva interna é fundamentada a partir da perspectiva sistêmica luhmanniana de neutralização das desigualdades fáticas mediante uma igual consideração

⁶⁷ DWORKIN, 2002, p.134

⁶⁸ DWORKIN, 2000, p.283

⁶⁹ DWORKIN, 2000, p.283

⁷⁰ NEVES, 2006, p.168

⁷¹ NEVES, 2006, pp.168-169

jurídico-política de pessoas e grupos. Já a perspectiva externa é feita a partir de uma releitura de Dworkin, sendo entendida como o tratamento como igual (treatment as an equal) ou o direito de igual respeito e consideração em espaço pluralista⁷². À teoria de Dworkin é adicionado o espaço pluralista, o qual é fundamental para um melhor debate público e concretização desse princípio.

Observado o caráter problemático da desigualdade, a diferenciação igual/desigual em políticas públicas de assistência farmacêutica é problemática ao diferenciar “medicamentos essenciais” de “medicamentos excepcionais”. Envolve uma escolha política para definir os medicamentos que atendem prioritariamente às doenças da maioria da população e os medicamentos que atendem a pessoas com doenças raras, demandando alto custo, ou seja, trata-se de um ato de violência. Também, a inclusão ou não de determinado medicamento na lista de dispensação de medicamento excepcional também é um ato de violência, selecionando quais medicamentos dentre vários de alto custo irão receber um tratamento estatal no sentido de atender às demandas de pessoas que sofrem com determinada mazela. Portanto, o critério existente para a inclusão ou não de um medicamento na lista de medicamentos excepcionais é a criação de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas com base na Medicina Baseada em Evidências, e tal critério deve ser respeitado.

A segunda consideração – que será aprofundada nos próximos capítulos – diz respeito à atuação dos magistrados em demandas que pleiteiam fornecimento de medicamentos excepcionais. Vem-se defendendo fortemente no Brasil uma postura do juiz que concilie microjustiça e macrojustiça nas demandas de saúde, permitindo ao juiz alocar recursos públicos. Em outros termos, quer-se um juiz que desempenhe as funções típicas de um gestor de recursos públicos, isto é, permite-se que o juiz seja um juiz-administrador, ou então, um juiz-alocador, atuando conforme ideais de justiça distributiva. Mostrar-se-á que essa visão é extremamente prejudicial para a autonomia do direito, minando sua independência frente à política e moral.

No entanto, interessa agora outra postura dos juízes, que se baseia no total descrédito com as políticas públicas existentes, ou seja, postura que afirma o extremo oposto. Preocupa a exclusão das possíveis irritações que as políticas públicas podem oferecer ao direito, isto é, postura que desconsidera possíveis contatos entre o direito e a política,

⁷² NEVES, 2006, pp.170-171

produzindo a identificação ou a rejeição entre ambos, eliminando qualquer forma de contato entre os dois. Essa postura pode produzir também efeitos perniciosos para o direito, mas também para o próprio funcionamento do sistema de saúde.

A atividade de formulação de políticas públicas envolve naturalmente a atuação de variados atores que pleiteiam o atendimento de suas necessidades perante o Estado, de tal forma que este deve selecionar as mais relevantes para considerar. Por outro lado, na atividade de regulação conforma-se a realidade, buscando um equilíbrio dos atores para atingir um objetivo de interesse geral⁷³. Atua-se tentando moldar comportamentos de agentes, muitas vezes, produzindo comportamentos inesperados. Portanto, ao regular os diversos setores, o Estado corre riscos de produzir comportamentos indesejados ou de ser captado pelos atores que atuam em determinada área, utilizando a máquina estatal a favor deles.

Como todo setor que sofre regulação, a saúde também oferece riscos ao Estado, no sentido de ser captado por empresas de grande poderio político e econômico. O Professor Paulo Dornelles Picon esclarece que mesmo as pesquisas de ponta em saúde podem ter interpretações errôneas quando financiadas pela indústria farmacêutica, conforme constatado pela melhor revista de medicina na Europa, a *British Medical Journal*⁷⁴.

Muito se critica no Brasil a atuação dos gestores, que não incluem medicamentos suficientes para atender ao interesse da população, e a atuação da ANVISA, que demora no processo de registro dos medicamentos. Picon, entretanto, percebe que, muitas vezes, o atraso da ANVISA, por causa da necessidade de rigor técnico para averiguar a eficácia do remédio, pode ajudar a proteger pacientes, oferecendo-lhes maior segurança. Em 2003, estava em questão na ANVISA o pedido de registro do medicamento gefitinibe, o qual se destinava para tratar câncer de pulmão, e já havia sido aprovada pela FDA americana. A ANVISA, no entanto, percebeu que dados indicavam taxa de mortalidade de 3% por causa do medicamento, e faltavam indícios da eficácia desse medicamento. Assim, passado algum tempo, estudos comprovaram a ineficácia do medicamento e, enquanto vários países retiraram o medicamento do mercado, o Brasil não corria riscos, pois nem o tinha registrado⁷⁵. Outro exemplo dado por Picon, ressalta a influência das indústrias farmacêuticas em estudos médicos, por conseguinte, influenciando a regulação estatal na saúde:

⁷³ ARANHA, 2014, p.32

⁷⁴ PICON, 2009, p.201

⁷⁵ PICON, 2009, pp.202-203

Um ensaio clínico com controle duplo cego, metodologicamente perfeito, na revista mais importante de medicina do mundo “The New England Journal of Medicine”. Nome do estudo: Vigor Trial (Vigoroso, forte, incontestável). Neste, 8.076 pacientes com artrite reumatoide foram randomizados para rofecoxibe ou tratamento tradicional com naproxeno. Perfeito! Demonstrada a igualdade de eficácia para as dores, mas com potencial proteção para hemorragia digestiva. Mais de um milhão de reimpressões distribuídas para os médicos. Nas entrelinhas, o rofecoxibe aumenta a incidência de infarto do miocárdio. E na discussão dos autores, não fora o rofecoxibe a aumentar o índice de infarto, fora na verdade o naproxeno que protegera. Maravilhoso, perfeito, só que esta explicação não encontrava substrato ou fundamento científico [...] Dois anos depois, setembro de 2004, o produto foi retirado do mercado internacional⁷⁶.

Portanto, o Estado não está imune às interferências de grandes atores que tentam utilizar a máquina estatal para benefício próprio. Esses interesses escusos podem ser melhor filtrados pelas Agências Reguladoras, as quais são dotadas de corpo técnico melhor qualificado para lidar com essas questões.

Assim sendo, o Judiciário não pode ficar totalmente alheio à formulação de políticas públicas ou à regulação estatal de medicamentos, porquanto há situações, por exemplo, em que o atraso da ANVISA em registrar determinado medicamento pode significar a proteção de vidas. Numa situação dessas, o isolamento do Judiciário em relação ao Executivo pode causar o efeito inverso do pretendido: ao invés de estar protegendo o cidadão, o Judiciário está determinando a entrega de medicamentos muitas vezes ineficazes ou até mortais.

De forma alguma se defende que os magistrados devem importar das políticas públicas parâmetros para as suas decisões. Ao contrário, rejeita-se essa postura teórica como uma teoria plausível para a afirmação da autonomia do direito. Defende-se, no entanto, que o sistema do direito deve considerar as irritações advindas das políticas públicas, não para servirem como razões definitivas das decisões, mas como possibilidades de reconstrução do direito a partir de suas próprias estruturas que considerem a questão das políticas públicas de assistência farmacêutica. Isso pode ocorrer mediante maior diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo, sendo trazidas informações para os juízes dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, além da importância da Medicina Baseada em Evidências.

⁷⁶ PICON, 2009, pp.206-207

2.4 Descentralização na saúde e distribuição de medicamentos

A partir da Constituição Federal de 1988, a questão da saúde no Brasil ganhou contornos mais específicos. Nesse momento, será analisado um julgado da Suprema Corte, para tentar mostrar qual é e como essa mudança interfere na análise jurídica das pretensões relativas a medicamentos.

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada (STA) na qual se tenta reformar decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que condenou ao fornecimento de medicamento de alto custo. O Tribunal havia obrigado entes federativos das três esferas – União, Estado do Rio Grande do Sul e município de Pelotas – ao fornecimento do medicamento MABTHERA 500 Mg (Rituximabe), no valor de R\$ 100.000,00.

Para a resolução do caso, foram consideradas as seguintes questões:

- a) a requerente é portadora de Linfoma não-hodgkin folicular (CID C 82.7), conforme atestado pela Médica Tânia Maria Centenaro Hellwig, CRM-RS nº 6894 (fl. 18);
- b) conforme receituário médico, necessita urgentemente do tratamento quimioterápico de oito ciclos (8 doses de 21 em 21 dias) com o medicamento Mabthera 500Mg (fl. 19);
- c) o tratamento está orçado em mais de R\$ 100.000,00 (fl. 20-22);
- d) segundo informações da Médica do Hospital Escola da UFPel, “o medicamento ora indicado não está contemplado no protocolo do Sistema Único de Saúde (SUS), mas consta na Relação de Medicamentos Especiais e pode ser fornecido pela Secretaria Estadual de Saúde” (fl. 18)⁷⁷.

É forçoso considerar que o medicamento não constava na lista de medicamentos do protocolo do SUS, mas estava presente na Relação de Medicamentos Especiais a serem distribuídos pela Secretaria Estadual de Saúde. Isso quer dizer que na esfera estadual já havia política pública específica para o fornecimento do medicamento, bastando apenas ao Judiciário determinar a aplicação da política pública. Mesmo assim, o Município de Pelotas

⁷⁷ STA 245, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22.10.2008, DJE de 29.10.2008

apresentou pedido de suspensão de tutela antecipada, com o argumento de que o fornecimento do medicamento de alto custo comprometeria o direito fundamental à saúde de outras pessoas e, portanto, constituiria grave lesão à economia pública. Entretanto, não provou a alegação de grave lesão à economia pública.

Passemos ao argumento utilizado pelo município de Pelotas. Segundo ele, o atendimento do direito de um cidadão necessitado vilipendia o direito dos demais de terem acesso ao sistema de saúde. Em uma visão mais apurada de democracia, percebe-se que tal argumento é errôneo.

Uma lógica utilitarista que busque apenas o bem-estar geral da sociedade não é capaz de promover a justiça em relação aos grupos minoritários da sociedade. Para Dworkin, existem duas visões de democracia: a majoritária e a da parceria política coletiva (partnership democracy). Pela primeira, “democracia é o governo pela vontade da maioria, expressada em eleições com sufrágio universal ou próximo do universal⁷⁸”. Dessa forma, as decisões serão tomadas sob os ditames da maioria, e se não considerarem os interesses da minoria, podem até ser injustos para esses grupos, mas a sociedade não será menos democrática por causa disso. Já a visão oposta vê cada cidadão como um companheiro (full partner) dentro de um empreendimento coletivo político. Logo, decisões da maioria serão democráticas se protegerem o status e os interesses de cada cidadão como parceiro nesse empreendimento⁷⁹.

Dworkin faz um esboço da visão “parceirista” da democracia (partnership democracy). Ela ocorre mediante dois princípios que decorrem da dignidade da pessoa humana, quais sejam, igual consideração e autodeterminação. Em primeiro lugar, “uma comunidade política deve demonstrar igual consideração pelas vidas de todos os que vivem em suas fronteiras⁸⁰”. Já pela autodeterminação “arranjos políticos devem respeitar as responsabilidades pessoais em identificar valores nas suas próprias vidas⁸¹”.

Portanto, por esse desenho conceitual de democracia, as pessoas portadoras de doenças raras devem ter suas particularidades respeitadas pelos segmentos majoritários da sociedade. Eles possuem direitos tanto quanto os demais de consideração e respeito no

⁷⁸ DWORKIN, 2006, p.131

⁷⁹ DWORKIN, 2006, p.131. Nesse sentido, Dworkin define a visão da parceria política coletiva: “According to the rival partnership view of democracy, however, democracy means that the people govern themselves each as a full partner in a collective political enterprise so that a majority’s decisions are democratic only when certain further conditions are met that protect the status and interests of each citizen as a full partner in that enterprise.

⁸⁰ DWORKIN, 2006, p.144

⁸¹ DWORKIN, 2006, p.145

atendimento das suas necessidades. Sendo assim, uma lógica utilitarista é falha em não considerar os direitos das minorias, mas apenas a exigência de eficiência alocativa dos gastos públicos.

O município de Pelotas tenta encobrir a atribuição constitucional de responsabilidades a todos os entes quanto à concretização do direito à saúde. Nesse caso, não havia política pública por parte de município, mas havia por parte do Estado do Rio Grande do Sul. Com isso, deixam-se de lado as promessas positivadas na Constituição, havendo um vitupério aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Prosseguindo, a descentralização desempenhou importante papel na garantia da saúde. Assim, a Constituição alia a descentralização das competências de saúde entre os entes da federação à solidariedade, no intuito de oferecer respostas mais rápidas à população. A capilarização da saúde, nesse contexto, insere-se na reforma do Estado brasileiro, a qual reservou um espaço fundamental para a descentralização. Esse fenômeno, entendido como atribuição de poderes às autoridades locais, envolve a participação popular, essencial à modernização da gestão pública e à correção dos defeitos da democracia representativa⁸².

Portanto, para a solução de casos envolvendo saúde no Brasil é imprescindível a consideração da descentralização como fundamental na reforma da saúde brasileira. "Sem descentralização há, pois, possibilidade de a vontade de uma população não ser respeitada, tendo em vista assuntos que são de foro eminentemente local serem decididos por eleitores de outras localidades⁸³".

Com efeito o art.23, inc.II, da CF, atribuiu como competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência". Também, o art.198, §1º, da CF, acarretou responsabilidades orçamentárias para as três esferas governamentais, quando assim estabeleceu: "O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do Orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes". Na seara legal, o art.7º, inc.VIII e IX, da Lei 8.080/90, apresenta, respectivamente, os princípios da participação da comunidade e da descentralização político-administrativa, informando a organização do Sistema Único de Saúde. Conjugando esses dispositivos com os princípios da unicidade de meios para a

⁸² KERBAUY, 2007, p.51

⁸³ LIMA, 2007, p.302

resolução de um determinado fim; conjugação dos recursos da União, Estados, Distrito Federal e municípios; e da resolução em todos os níveis de assistência, deve-se observar, durante o fornecimento por obrigação judicial de medicamentos, se as esferas governamentais possuem políticas públicas específicas para o atendimento das necessidades.

A partir da dupla formada pela descentralização e solidariedade, não há como magistrados que decidem casos envolvendo acesso a medicamentos se desdenharem com a questão da equiprimordialidade entre os entes federativos para a resolução dos problemas de saúde. Quando há políticas públicas específicas para a distribuição de determinado medicamento não há motivo que justifique a negativa de distribuição desse medicamento, em condições normais, isto é, quando a demanda do cidadão se encaixa adequadamente à política pública.

Logo, a distribuição de medicamentos normais já inclusos na lista do SUS, da secretaria estadual de saúde ou da secretaria municipal de saúde implica por parte do magistrado apenas a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto. O juiz, ao se deparar com uma demanda assim estipulada realiza um exercício de subsunção das normas constitucionais e legais regulamentadoras da saúde ao caso concreto, sem maiores complicações quando a situação fática está em condições regulares em relação à norma.

Entretanto, as situações de saúde são as mais variadas, necessitando da atenção do magistrado para o caso concreto. Vivemos um contexto social de extrema complexidade, de forma que a tentativa de estabelecer critérios a priori para a resolução de problemas se torna infrutífera.

O sistema de saúde possui fundamental importância para a concretização de direitos. O arcabouço normativo brasileiro em saúde é bastante amplo, mas incapaz de, a partir somente a partir de regras, solucionar o vasto campo de possibilidades fáticas. Sempre pode surgir alguma especificidade não abarcada pelo critério, produzindo alguma injustiça. Relembre-se que a justiça está na ordem do incalculável.

A argumentação jurídica e atividade interpretativa do juiz, destarte, adquirem importância no contexto dos direitos fundamentais. No entanto, esses dois fatores possuem condições limitantes no âmbito de um sistema de direitos. Para contornar as dificuldades dos casos difíceis, é necessário ir além das regras, fazendo-se imperioso abordar as discussões que tratam da autonomia do sistema jurídico perante os outros sistemas durante a atividade

interpretativa do juiz, além dos fatores a serem observados pelos magistrados na resolução de casos complexos.

3 AFIRMAÇÃO DE DIREITOS OU DA ESCASSEZ?

3.1 O argumento da escassez

No Brasil, tem-se popularizado o debate em torno da reserva do possível. No entanto, antes de realizar uma abordagem crítica desse conceito teórico, cumpre explicitar a relação entre escassez e a concretização de direitos fundamentais. Em linhas gerais, a afirmação da escassez significa que não há recursos suficientes para atender às demandas de toda a população⁸⁴.

Pode-se dividir a escassez em natural, quase-natural ou artificial. É natural quando não há o que fazer para aumentar a oferta. Pode-se citar como exemplo de escassez natural as reservas de petróleo, que foram formadas durante o processo geológico, de modo que o seu uso, por si só, esgota a fonte de recursos, nada se podendo fazer para aumentá-las. Já na quase-natural, a oferta pode aumentar a partir de condutas não coativas tomadas pelos cidadãos, como a disponibilização de esperma para inseminação artificial. Ou seja, a disponibilidade de recursos sujeitos a escassez quase-natural depende de iniciativas dos cidadãos para que a quantidade do bem considerado seja aumentada. Por sua vez, a escassez artificial é caracterizada pela oferta plena, bastando que haja a vontade do Estado⁸⁵. Enquanto a oferta na escassez quase-natural depende de iniciativas dos cidadãos, a oferta na escassez artificial depende do Estado. Portanto, a disponibilização de medicamentos pelo SUS está sujeita à escassez artificial, uma vez que pode alcançar o ponto de satisfação, bastando um esforço na satisfação das necessidades dos cidadãos.

Essa divisão é útil – embora não se torne uma razão definitiva de uma decisão judicial, mas apenas um fator que cause irritação, conforme se mostrará adiante – para a decisão de casos envolvendo a saúde dos cidadãos. É difícil quando entram em cena bens sujeitos à escassez natural ou quase-natural. Por exemplo, quando um indivíduo ajuíza uma ação demandando do Estado um transplante de órgãos, em virtude do risco de vida provocado pela falência de um órgão, se o Estado não possui um banco de órgãos suficiente, ou se existe

⁸⁴ ELSTER apud AMARAL, 2001, p.133

⁸⁵ ELSTER apud AMARAL, 2001, pp.133-134

uma longa fila de espera, instaura-se um grande problema, difícil de ser contornado a curto prazo. Claro que políticas públicas sérias para a conscientização da população acerca da importância da doação de órgãos, ou então gerenciamento eficiente da fila de espera podem ajudar a amenizar o problema. De qualquer forma, o tamanho do banco de órgãos depende centralmente da iniciativa dos cidadãos, não podendo o Estado controlar diretamente a oferta desses “bens”, mas apenas por meio indireto.

Sunstein apresenta a noção de escassez, que se contrapõe a uma ideia de direitos absolutos. Para ele, se para garantir direitos, é necessária atuação estatal no sentido de protegê-los e, conseqüentemente, a movimentação da estrutura estatal por intermédio das receitas orçamentárias, não há como o Judiciário promover a garantia de direitos sem considerar a escassez de recursos⁸⁶. Portanto, para direitos serem levados a sério, é necessário levar a escassez a sério⁸⁷. Nesse sentido levar a escassez a sério não significa tratar direitos como “commodities”, ou então, transformar os juízes em contadores. Levar a escassez a sério, significa levar em consideração a escassez de recursos como um fator que pode tornar a defesa dos direitos mais seletiva, e cujo desprezo pode causar o transtorno da superproteção de um direito, em detrimento ao de outro que, eventualmente, possa ter uma necessidade ainda maior de proteção⁸⁸.

A partir da escassez, os direitos do cidadão são vistos a partir da dinâmica dos custos. Sunstein define “custos” como custos orçamentários e direitos como “interesses importantes que podem ser confiavelmente protegidos pelos indivíduos ou grupos, utilizando as instrumentalidades governamentais⁸⁹”. Existem, na dinâmica dos custos orçamentários, duas visões sobre direitos, que são as de direitos morais (moral rights)⁹⁰ e direitos descritivos (descriptive rights). A primeira tenta visualizar aqueles direitos que, em um primeiro instante, já precisam ser garantidos e cujo descumprimento precisa de uma justificação especial. Os direitos morais são identificados por meio do questionamento de como as ações humanas são

⁸⁶ Nesse sentido, Sunstein e Holmes (1999,p.97). Eles enfatizam que “nothing that costs money can be an absolute [...] No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility”.

⁸⁷ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.94

⁸⁸ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.102-103. “[...] rights are not commodities in a simple sense. But when the price soars, rights enforcement necessarily becomes more selective [...] an insistence that rights are absolute may lead to the over-protection of some rights to the detriment of others that have an even greater claim”.

⁸⁹ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.16

⁹⁰ A tradução de “moral rights” na obra de Sunstein pode ser associada a “direitos morais”, já que estão associados a princípios morais, e não à lei. Diferentemente, a melhor tradução para “moral rights” na obra de Dworkin é “direitos fundamentais”, que estão associados ao ordenamento jurídico.

moralmente intituladas, e não identificando estatutos ou casos legais, isso quer dizer, direitos morais associam direitos a ideais ou princípios morais⁹¹.

A vertente descritiva, por sua vez, está menos preocupada com a justificação; procura, sobretudo, identificar o modo funcionamento do sistema, aqueles direitos que realmente estão sendo protegidos. Sunstein usa uma metáfora para explicar os direitos descritivos. Eles seriam a “criança do ordenamento jurídico” (child of the law), mais do que isso, são “crianças que possuem dentes”. Esses dentes seriam poderes garantidos ao cidadão pela comunidade política, podendo ser empregados perante outros para proteger a violação a direitos básicos. Por outro lado, os direitos morais seriam “desdentados” por excelência, porquanto atuariam no estágio da consciência, impondo obrigações morais, e não obrigações jurídicas⁹². Os direitos na vertente moral adquirem natureza orçamentária quando sua natureza e função são politicamente estipuladas e interpretadas, sendo trazidas para o ordenamento. Dessa forma, os direitos que percebemos em uma primeira instância são descritivos⁹³.

Para Sunstein, uma abordagem dos direitos morais sem considerar a questão da justiça distributiva é uma abordagem incompleta de direitos. De outro turno, os direitos descritivos são aplicados de maneira satisfatória com o estabelecimento e funcionamento adequado de Tribunais de Justiça, que atuam quando os direitos dos miseráveis excluídos da sociedade não possuem direcionamento de custos orçamentários, na ausência de autoridades políticas que querem e podem intervir para contornar essa situação⁹⁴.

Portanto, nessa visão de Sunstein, a justiça distributiva adquire relevância nos direitos morais, enquanto as Cortes desempenham função importante em garantir a regularidade dos direitos descritivos. Embora possuam funções e naturezas diferentes, Sunstein entende que as duas vertentes de direitos não são excludentes, mas apenas possuem diferentes agendas⁹⁵. Para isso, ele cita o exemplo do “direito à poluição”, a seguir reproduzido:

Advocates of moral rights and describers of legal rights simply have different agendas. The moral theorist might reasonably say that, in the

⁹¹ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.16

⁹² SUNSTEIN; HOLMES, 1999, pp.16-17

⁹³ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.18

⁹⁴ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, pp.18-19

⁹⁵ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.18

abstract, there is no "right to pollute." But the positivist knows that, in American jurisdictions, an upstream landowner can acquire a right to pollute a river from a downstream landowner. The points are not contradictory, but simply pass each other in the night. Those who offer moral accounts and those who offer positive accounts are asking and answering different questions⁹⁶.

No primeiro capítulo do livro "The cost of rights", chamado "Comon sense about rights", define direitos como importantes interesses protegidos individualmente ou coletivamente, conforme já mencionado⁹⁷. No entanto, no sexto capítulo, denominado "How rights differ from interests", Sunstein procura apresentar uma diferenciação entre direitos e interesses. Nas palavras do autor, eis a diferenciação: "whereas interests are always a matter of more or less, thereby implying trade-offs and compromises, rights are a matter of principle, demanding a kind of clinched, unblinking intransigence⁹⁸".

Percebe-se que, tentando sofisticar uma possível diferenciação entre direitos e interesses, Sunstein tenta conferir aos direitos um caráter de intransigência. A diferença que oferece entre interesses e direitos é apenas de grau, sendo direitos tipos de interesses intransigentes a trade-offs. Mesmo afirmando tal caráter dos direitos, permite que questões financeiras exerçam pressões substanciais na afirmação de direitos, pois quando o preço sobe, necessariamente, deve haver maior seletividade⁹⁹. Também, permite que direitos não sejam protegidos quando o Estado invocar interesses públicos importantes¹⁰⁰. Assim, ao conferir tratamento econômico aos direitos, a própria definição de direito sujeita-se a pesadas pressões econômicas e a, muitas vezes, arbitrária distinção entre interesses relevantes e não relevantes. Uma diferença de grau não é uma explicação contundente, e, portanto, não merecendo prosperar.

A dificuldade de Sunstein advém da sua própria teoria, que pensa os direitos em termos econômicos. Com efeito, direitos como interesses sujeitos a pressões econômicas e arbítrios estatais não são trunfos, e não há como levar os direitos a sério mediante a construção formulada por Sunstein. Adiantando a crítica de Habermas ao tratamento

⁹⁶ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.18

⁹⁷ Sunstein define "custos" e "direitos" logo nas primeiras páginas do livro: " 'Costs' will be understood here to mean budgetary costs and 'rights' will be defined as important interests that can be reliably protected by individuals or groups using the instrumentalities of government (1999, p.16)".

⁹⁸ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.99

⁹⁹ Sunstein permite quando afirma: "Rights are not commodities in a simple sense. But when the price soars, rights enforcement necessarily becomes more selective (1999, p.102)".

¹⁰⁰ SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.101

econômico dado por Alexy aos princípios, e fazendo uma analogia com o tratamento de Sunstein aos direitos, pode-se dizer que o direito na dinâmica de custos orçamentários faz ruir a “muralha de fogo”¹⁰¹ que existe entre o direito e a economia.

Não apenas entre direito e economia, mas a muralha de fogo entre direito e moral também rui pela complicada diferenciação entre direitos morais e direitos descritivos. Para ele direitos são tipos de interesses e direitos morais simplesmente se diferenciam dos descritivos por possuírem diferentes agendas. Com isso, cargas morais que exigem justiça distributiva acabam inundando o Poder Judiciário. Ele entra em séria contradição quando afirma que os direitos morais não impõem obrigações jurídicas, mas, ao mesmo tempo, exige séria justificação quando direitos morais são descumpridos. Ora, se direitos não impõem obrigações jurídicas, mas apenas morais, os direitos perdem sua força normativa. Não são direitos, mas meramente interesses morais que invadem a esfera judicial, condicionando-a a forte argumentação ao desconsiderar esses interesses.

Ele reconhece o papel do Judiciário em fazer cumprir direitos, atividade que necessita instituições sólidas. Também reconhece que a atividade judicial de proteção de direitos possui custos, como no caso de promover eleições limpas e justas, que é permitida para impedir violações inconstitucionais ao direito de votar. Nesse sentido, o Judiciário promove uma redistribuição de recursos, pois trata-se de atividade subsidiada pelo governo, e, para Sunstein, subsídios conduzidos pelo governo são necessariamente redistributivos¹⁰². Com efeito, Sunstein sustenta que cumprir direitos significa distribuir recursos, afirmação que é inclusive o título do capítulo sétimo – “enforcing rights means distributing resources”. Afirmar direitos na ótica de custos orçamentários atrai sérios problemas para os juízes, os quais se veem no emblema de afirmar direitos, alocando recursos públicos, já que direitos possuem custos orçamentários, ou então, negá-los. Por outro turno, afirmação de que cumprir direitos significa distribuir recursos ratifica a inexistência de barreiras entre direitos morais e descritivos, permitindo que juízes considerem questões de justiça distributiva, mesmo não tendo aptidão para fazer isso.

¹⁰¹ A tradução em inglês, a partir do termo “fire wall” traduz melhor a ideia de ruptura do caráter deontológico das normas do que a versão em português, que utiliza a expressão “viga mestra”. Portanto, prefere-se referir-se a “muralha de fogo” para designar tal ruptura. Eis a versão em português: “No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito (HABERMAS, 1997, p.321)”.

¹⁰² SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p.114

Não é à toa que Gustavo Amaral, grandemente influenciado pela obra de Sunstein, percebe que existe uma tensão entre a microjustiça, que existe em virtude de o Judiciário estar aparelhado para decidir casos concretos, e a macrojustiça, porquanto para pessoas em mesmas condições fáticas deve haver decisões semelhantes¹⁰³.

Assim sendo, levar a escassez a sério, a partir da construção de direitos proposta por Sunstein, implica levar a justiça distributiva a sério¹⁰⁴. Consequentemente, significa dar valor a critérios de alocação, objeto de estudo da justiça distributiva, levando para o Poder Judiciário as decisões sobre quanto disponibilizar – decisões alocativas de primeira ordem – ou sobre a quem atender – decisões de segunda ordem¹⁰⁵.

3.2 Reserva do possível e mínimo existencial

O mínimo existencial corresponde a “um direito às condições mínimas de existência humana que não pode ser objeto de intervenção do Estado e ainda exige prestações estatais positivas¹⁰⁶”. Esse direito não possui um conteúdo específico, nem está restrito a um princípio específico. Não pode ser mensurado, e está mais associado à ideia de qualidade do que de quantidade. Constitui um direito cuja ausência é tão nociva que faz desaparecerem as condições iniciais de liberdade. O mínimo existencial está presente em vários princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, na cláusula do Estado Social de Direito¹⁰⁷. Está relacionado com os direitos humanos, não se esgotando

¹⁰³ AMARAL, 2001, pp.37-38

¹⁰⁴ Embora Sunstein tente ser cauteloso com a partir da diferenciação entre direitos e interesses, além de citar a incapacidade do Judiciário de oferecer decisões racionais para a alocação de recursos públicos (1999, p.88), inevitavelmente reconhece que as decisões judiciais possuem caráter redistributivo, com função alocativa dos recursos públicos. Veja-se a seguinte afirmação de Sunstein (1999, p.115): “If both the right to free speech and the right to vote require public expenditures, presuppose redistributive decisions, and are relative rather than absolute goods, the same is likely to be true of other rights as well”. Por isso, a utilização da escassez como razão definitiva da decisão judicial implica também a consideração da redistribuição de recursos públicos.

¹⁰⁵ AMARAL, 2001, p.148

¹⁰⁶ TORRES, 1989, p.29

¹⁰⁷ Ricardo Lobo Torres defende que o direito ao mínimo existencial é pré-constitucional e abrange somente as condições iniciais de liberdade (1989, p.40). Entretanto, outros autores consideram o mínimo existencial como um direito constitucional e que abrange também os direitos sociais, já que possuem fundamentalidade por estarem inseridas no Título II da Constituição Federal (por exemplo, SARLET, 2007, p.94).

no catálogo constitucional. Também é dotado de historicidade, e varia de acordo com o contexto social. Apresenta-se mediante cláusulas gerais e tipos indeterminados¹⁰⁸.

O direito do mínimo existencial pressupõe uma atuação negativa do Estado em não intervir na liberdade do indivíduo (*status negativus*), mas também implica atuação positiva do Estado para garantir condições de liberdade ao cidadão (*status positivus*). Dessa forma, o mínimo existencial visa garantir as condições de liberdade do indivíduo, e não o apoio dos direitos sociais. Enquanto o mínimo existencial afirma o *status positivus libertatis*, os direitos sociais e econômicos são garantidos por meio do *status positivus socialis*, ou seja, prestações do Estado para resguardar o direitos sociais, econômicos e a seguridade social, dependendo da situação econômica do país e da riqueza nacional¹⁰⁹. “O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a reserva do possível ou na conformidade da autorização orçamentária¹¹⁰”.

A reserva do possível aparece como fator condicionante da efetivação dos direitos sociais. Nesse sentido, vale relembrar o famoso caso *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Questionava-se se normas estaduais que limitavam a admissão ao ensino universitário eram incompatíveis com a Constituição Alemã. Na ocasião, decidiu-se que o *numerus clausus* absoluto, isto é, a limitação de admissão de calouros para uma determinada especialização, em virtude do exaurimento da capacidade total de ensino, não violava a Constituição, observados determinados critérios. O Tribunal Constitucional considerou que os direitos sociais de participação a benefícios estatais estão sujeitos à reserva do possível, de modo a estabelecer o que o indivíduo pode exigir da coletividade.

Sendo assim, os requisitos para a constitucionalidade da imposição de *numerus clausus* absoluto para a admissão de calouros de determinada especialização, conforme estipulado pelo Tribunal Constitucional Federal, foram: a) uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, sendo a limitação determinada dentro do estritamente necessário; b) escolha e distribuição dos candidatos mediante critérios racionais.

¹⁰⁸ TORRES, 1989, pp.29-33

¹⁰⁹ TORRES, 1989, p.40

¹¹⁰ TORRES, 1989, p.41

Com base nisso, Ingo Sarlet apresenta três aspectos que devem ser considerados para a reserva do possível, quais sejam, a efetiva disponibilidade fática e disponibilidade jurídica dos recursos, além da proporcionalidade da prestação¹¹¹.

A teoria do mínimo existencial e a reserva do possível são extremamente problemáticas para a proteção dos direitos do indivíduo. A primeira é difícil de ser apreendida, e, por ser, em seu próprio caráter, não determinável, o mínimo existencial na prática fica à mercê da interpretação que o juiz dá para determinado caso concreto. Possui um conteúdo fluido, e isso justamente é a sua fraqueza. Pode-se contra-argumentar dizendo que ocorre o contrário, pois a fluidez permite que esse conceito se perpetue, além de adequar-se às várias realidades sociais. No entanto, a fluidez do mínimo existencial facilita um discurso judicial arbitrário que não considera corretamente o direito do cidadão, já que os direitos do cidadão se restringem aos limites que o juiz fixa para o mínimo existencial. Portanto, o direito ao mínimo existencial possui a dificuldade de depender demasiadamente de uma interpretação de sua extensão, o que pode provocar sérios problemas para a segurança jurídica, produzindo situações em que diferentes magistrados entendem de forma completamente o conteúdo desse direito. Assim, pode-se chegar à terrível situação de torcer para ter o seu caso distribuído para determinado juiz, que é mais flexível quanto à extensão do mínimo existencial, e não “cair nas mãos” de outro juiz, que é totalmente restritivo. Com efeito, ter direitos não pode ser uma questão de sorte.

Ainda mais, essa fluidez pode provocar o “agigantamento” da reserva do possível. Como esta teoria limita a concessão de prestações estatais, em virtude de falta da capacidade financeira em suprir as demandas dos cidadãos, pode conduzir a uma irresponsabilidade estatal. Na esfera da saúde, por exemplo, o argumento da reserva do possível pode ocultar a má gestão dos recursos públicos ou a fraca preocupação estatal em concretizar os comandos constitucionais, como muitas vezes ocorre no Brasil, onde os gastos governamentais em saúde ainda estão muito aquém do necessário para a garantia de uma condição digna aos cidadãos.

Destarte, a reserva do possível relativiza direitos, condicionando-os à realidade econômica, produzindo confusão entre os códigos econômico e jurídico, enquanto o mínimo existencial não possui densidade normativa bastante para proteger as demandas do indivíduo de um julgamento arbitrário. Relativizam-se direitos do indivíduo com a reserva do possível,

¹¹¹ SARLET, 2012, p.370

atenuando-se tal violação com a ideia de um suposto ônus argumentativo¹¹². Muitas vezes, esse ônus argumentativo é aceito sem restrições pelo Judiciário, vilipendiando direitos, por causa de argumentos meramente econômicos. A partir da reserva do possível, deixa-se de lado a efetivação de uma promessa constitucional, para afirmar a sobreposição do pensamento econômico ao jurídico, preocupando a distância entre a lei fundamental e a realidade social.

3.3 Supremo Tribunal Federal, escassez e a reserva do possível

A maioria dos casos que chegam ao Judiciário têm na primeira e segunda instâncias a resolução das demandas que versam sobre a entrega de medicamentos ou prestação de serviços médicos. Não obstante isso, a Suprema Corte desempenha papel importante no julgamento de Suspensões de Tutela Antecipada (STA), Suspensões de Liminar (SL), Suspensões de Segurança (SS) e Recursos Extraordinários (RE).

A tutela antecipada é uma forma de antecipação dos efeitos da tutela final. Ela é provisória, podendo ser revogada durante o curso processual. O art.461, §3º, do CPC, cuida da antecipação dos efeitos da tutela para cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer¹¹³. Com a promulgação da Lei 9.494/97, houve formalmente a previsão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, cuja possibilidade era discutida no âmbito doutrinário. Malgrado a Lei 9.494/97 trouxesse a previsão legal da antecipação de tutela em face do Poder Público, tornando aplicável o art.461, §3º do CPC para obrigações de fazer ou de não fazer e o art.273 do CPC, que cuida das ações declaratórias, constitutivas e de prestação pecuniária, ela restringiu em vários pontos a antecipação de tutela, de forma que “toda a disciplina restritiva das tutelas

¹¹² Em defesa do ônus argumentativo, WANG. “Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo por parte dos poderes políticos (2008, p.541).”

¹¹³ Art. 461 do CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

de urgência em mandado de segurança e ação cautelar foi estendida à antecipação de tutela, nos termos do seu art.1º ¹¹⁴”.

Portanto, foi estendida para a antecipação de tutela a restrição antes aplicável às medidas cautelares do art.4º da Lei 8.437/92, permitindo ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso suspender a execução da antecipação de tutela, nas seguintes hipóteses: a) em caso de manifesto interesse público; b) em caso de flagrante ilegitimidade; c) para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas¹¹⁵.

Assim, várias ações sobre direito à saúde no STF referem-se à tentativa dos entes governamentais de suspender a tutela antecipada na prestação de serviços de saúde ou fornecimento de medicamentos. Como os pedidos de suspensão são dirigidos ao Presidente do STF, a análise das suspensões de tutela antecipada depende da postura de cada ministro que, naquele momento, está exercendo tal cargo.

Na STA 91, a Ministra Ellen Gracie, então presidente do Supremo Tribunal Federal, deparou-se com uma ação civil pública que procurava obrigar o governo a fornecer medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. O Estado de Alagoas sustentou que houve lesão à economia por causa da tentativa de uma determinação genérica para todo e qualquer medicamento, comprometendo o planejamento estatal. Nesse sentido, é o seguinte excerto:

[...] b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de "(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)” (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. c) existência de

¹¹⁴ DIDIER, 2012, p.552. Reza o art.1º da Lei 9.494/97:” Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”.

¹¹⁵ Art.4º da Lei 8.437/92: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais¹¹⁶.

No caso em comento, ficou entendido que a ordenança ao poder público da distribuição genérica de medicamentos a pacientes que se submeteram a transplante renal causa grave lesão à ordem pública, porquanto há necessidade de haver custo-benefício dos tratamentos, de forma a atingir o maior número de beneficiados. Dessa forma, o Estado acaba sendo obrigado a distribuir medicamentos fora da lista de medicamentos, “diminuindo a possibilidade de serem oferecidos ao restante da coletividade”. O dispositivo da decisão foi no sentido de deferir parcialmente a suspensão, para obrigar o Estado a fornecer somente os medicamentos contemplados na Portaria n.1318 do Ministério da Saúde.

Na STA 139, também sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, discutiu-se a possibilidade de o Estado escolher, dentre vários medicamentos adequados, aquele que ofereça maior relação custo-benefício. Nesse caso, o paciente que sofria de anemia falciforme fazia várias transfusões de sangue, acumulando excesso de ferro no organismo. Conforme informações do governo do Estado do Rio Grande do Norte, já existia tratamento oferecido pelo governo, Desferal ou Ferriprox, que possuía comprovada eficácia no combate ao excesso de ferro no organismo, mas ministrado de forma subcutânea, causando certo incômodo aos pacientes. Assim, conforme alegado pelo Estado, o medicamento Exjade 500mg (deferasirox), pleiteado pelo paciente, seria apenas um plus no tratamento da anemia falciforme, por ter aplicação oral, o que não justificava o fornecimento de medicamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais), se já se possuía uma alternativa igualmente eficaz, porém apenas de aplicação diferenciada. Ao analisar a questão, a ministra constatou que o Ferriprox, medicamento disponibilizado pelo Estado do Rio Grande do Norte, possuía tanto a aplicação por infusão subcutânea, quanto por ministração oral, segundo a lista de medicamentos de dispensação excepcional do Ministério da Saúde. Assim, se a questão era oferecer um medicamento de ministração oral, conforme alegado pelo Rio Grande do Norte, que se oferecesse o já incluso na lista do Ministério da Saúde, e não o de alto custo. Portanto, a suspensão de antecipação de tutela foi parcialmente deferida, no sentido de obrigar o Estado a fornecer não o Exjade,

¹¹⁶ STA 91/AL, Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 26.02.2007, DJ de 05.03.2007

medicamento de alto custo, mas o Ferriprox, já fornecido pelo Estado, na forma de aplicação oral, isto é, na forma de comprimido. A respeito disso, foi a inclinação da íclita julgadora:

Assim, analisando a natureza da moléstia que acomete o paciente, a existência de outros medicamentos similares, incluídos entre os de dispensação obrigatória pela rede pública, e o alto custo do medicamento prescrito, cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a caixa, conforme informa o próprio autor da ação (fl. 89), entendo estarem configuradas as graves lesões à ordem e à economia públicas, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada compromete a programação estatal, gerando impacto nas finanças públicas e injustificado embaraço nas prestações universais de saúde. 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da decisão proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal nos autos da Ação Ordinária nº 001.06.030507-0 (fls. 99-104), ficando o requerente obrigado a fornecer ao autor medicamentos similares àquele pleiteado, constantes da Portaria nº 2.577/2006 do Ministério da Saúde¹¹⁷.

Na STA 138, a qual foi apreciada posteriormente à STA 139, o Estado do Rio Grande do Norte pleiteou o reconhecimento da reserva do financeiramente possível, a fim de suspender a antecipação de tutela a paciente portador de adenocarcinoma de cólon-retos que necessitava do medicamento AVASTIN (bevacizumabe) 500 mg. O Estado traz à tona vários argumentos que são extremamente problemáticos para uma autonomia do direito, como a possibilidade da ocorrência do “efeito multiplicador” por causa de possível indeferimento da suspensão; a falta de previsão orçamentária, que supostamente impossibilitaria que o Estado arcasse com o fornecimento de medicamentos; que o cidadão não possui direito de escolher determinado tratamento mais favorável à sua saúde, mas cabe somente ao Estado escolher o tratamento que bem entender mais adequado e que esteja dentro da listagem oficial de medicamentos, ou seja, que o cidadão possui direito apenas de ser tratado de sua doença, mas não de escolher o tratamento. Veja-se o que foi alegado pelo Estado do Rio Grande do Norte:

a) ocorrência de grave lesão à ordem pública, uma vez que, “ao se deferir o custeio de medicamentos individualmente a tal ou qual cidadão, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos à população em geral ações e serviços de saúde básicos” (fls. 28-29). Ademais, alega que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao paciente, apenas propõe a indicação de outros similares, que estejam relacionados na listagem oficial

¹¹⁷ STA 139/RN, Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 31.08.2007, DJ de 10.09.2007

do Ministério da Saúde; b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a decisão impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), assim como não observa a cláusula da reserva do financeiramente possível. Nesse contexto, ressalta que "b) ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a decisão impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), assim como não observa a cláusula da reserva do financeiramente possível. Nesse contexto, ressalta que "o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessite cada cidadão residente no território estadual" (fl. 27); c) direito do autor da demanda de ser tratado da mazela que o aflige, mas não de ditar qual o tratamento a ser ministrado; d) possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador", em razão do incremento do número de demandas judiciais da mesma natureza¹¹⁸.

Na STA 138, embora confrontada diretamente com o argumento da reserva do possível, a Ministra não o enfrentou diretamente, mas negou a suspensão da antecipação de tutela ao considerar a hipossuficiência do paciente; a urgência do pleito, que provoca o risco da demora inverso; a não eficácia dos tratamentos quimioterápicos já fornecidos pelo Estado; a prescrição médica do medicamento AVASTIN, além da não comprovação pelo Estado de que existiam outros medicamentos igualmente eficazes para tratar a doença.

Se então o argumento da reserva do possível aparecia em pedidos de suspensão de antecipação de tutela, a partir da Presidência do Ministro Gilmar Mendes a reserva do possível é incorporada na fundamentação das decisões em STA da Suprema Corte.

Na STA 198, o Estado de Minas Gerais pleiteia a suspensão da tutela de fornecimento do medicamento ELAPRASE (Idursulfase), no valor de anual de, aproximadamente, R\$2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais), em favor de menor portador da Síndrome de Hunter (Mucopolissacaridose de Tipo II). Vejam-se os argumentos do Estado de Minas Gerais:

[...] de lesão à saúde e à segurança públicas, uma vez que o medicamento é importado e não foi registrado na ANVISA, sendo proibida sua comercialização no país; de grave lesão à economia pública diante do elevado custo anual do tratamento (aproximadamente R\$ 2.600.000,00), da violação ao princípio da reserva do possível, da ingerência do Poder Judiciário no exercício das funções do Poder Executivo e da afronta ao planejamento orçamentário; e de possibilidade de ocorrência do denominado

¹¹⁸ STA 138/RN, Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 12.09.2007, DJ de 19.09.2007

'efeito multiplicador', em razão do crescimento de demandas judiciais contra a União para o fornecimento de medicamentos, comprometendo a viabilidade do Sistema Único de Saúde¹¹⁹.

Quando confrontado com argumentos desse tipo, Gilmar Mendes faz algumas considerações sobre a reserva do possível e sobre a escassez, de forma que as repete em todas as suas decisões em suspensões de tutela antecipada. Vejamos as considerações sobre a reserva do possível, que estão presentes inclusive na STA 198:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. **As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de 'mínimo existencial' e da 'reserva do possível' (Vorbehalt des Möglichen).** Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS, 1989, p. 161.). Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação (grifo nosso).

Também, Gilmar Mendes incorpora a ideia de escassez proposta por Sunstein. No entanto, Mendes já parte da ideia de que os juízes devem realizar escolhas alocativas, enquanto Sunstein faz diferenciação entre direitos morais e direitos descritivos para afirmar que os juízes estão entrelaçados com os direitos descritivos e que não estão em situação favorável para realizar escolhas alocativas. Portanto, Mendes já ultrapassa essa diferença entre direitos morais e descritivos e afirma o emblema dos juízes entre a microjustiça e macrojustiça, como notado por Gustavo Amaral. Gilmar Mendes associa a ideia de escassez à

¹¹⁹ STA 198/MG, Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 22.12.2008, DJ de 03.02.2009

reserva do possível, de forma que aquela possibilitaria uma maior importância da reserva do possível, por causa dos custos que os direitos trazem. Nesse sentido, é o entendimento evidenciado na STA 198, *in verbis*:

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da 'reserva do possível', especialmente ao evidenciar a 'escassez dos recursos' e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que 'levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez' (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.).

Outra consideração que Mendes faz é que, na ausência de política pública específica do SUS para a distribuição de determinado medicamento, resolve-se o caso por meio da ponderação e de considerações de justiça comutativa e distributiva. Juízes deveriam ponderar, mas também solucionar o emblema entre microjustiça e macrojustiça. Nesse respeito, o seguinte excerto da decisão:

Se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelas políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer. **Nesses casos, a ponderação dos princípios em conflito dará a resposta ao caso concreto. Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas.** Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica. Essas considerações já são suficientes para a análise do pedido (grifo nosso).

Na STA 198, a suspensão foi indeferida pelo Ministro Gilmar Mendes. Considerou as informações nos autos informavam que o paciente era portador da doença Mucopolisacaridose do Tipo II (Síndrome de Hunter), que necessitava do medicamento ELAPRASE, mas ainda não havia sido registrado pela ANVISA. Esse remédio era o único tratamento existente para tal doença, mas, segundo informações do fabricante, não promoveria a cura, mas apenas maior conforto durante a locomoção, e também não afastaria o

perigo de morte do paciente. Cabe ressaltar que o processo foi iniciado em 2007 no TRF da 1ª Região, época em que ainda não havia o registro da ANVISA. Entretanto, ao consultar o sítio da ANVISA, Mendes constatou em 07.07.2008 que o medicamento já havia sido registrado no órgão. Assim, afastou o argumento de que a distribuição do ELAPRASE era proibida por não ter registrado na ANVISA. Como não havia nos autos evidências da ineficácia do remédio e, considerando informações dos autos de que o valor total do medicamento ELAPRASE na Justiça Federal é de R\$ 15.837.691,20, Mendes argumentou que o alto preço do medicamento, por si só, não provocaria grave lesão à economia pública.

As próximas decisões dos Ministros que sucederam Gilmar Mendes são mais sucintas, de modo que os ministros oferecem decisões que citam os precedentes das decisões em suspensão de tutela antecipada de Gilmar Mendes. Assim, percebe-se que houve uma estabilização no STF na consideração de direitos na dinâmica de custos orçamentários em decisões de STA, que são, sobretudo, decisões de Presidência.

Na STA 558¹²⁰, o Ministro Cezar Peluso é confrontado com pedido de suspensão formulado pelo Estado do Paraná contra pacientes portadores da doença rara Epidermólise Bolhosa Distrófica (EBD), que necessitam de medicamento com custo anual de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada paciente. Peluso citou as STAs 244-AgR, 178-AgR e 175-AgR, todas do Ministro Gilmar Mendes, e sustentou que no caso haveria risco de dano inverso.

Na Suspensão de Segurança (SS) 4304¹²¹, portadores da doença Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), pleiteiam o medicamento Soliris (Eculizumabe), que não possuía registro na ANVISA e custava R\$ 1.857.202,95 (um milhão, oitocentos e cinquenta e sete mil, duzentos e dois reais e noventa e cinco centavos). Da mesma forma, são citados os precedentes das STAs 244-AgR, 178-AgR e 175-AgR, e sustentou-se que no caso haveria risco de dano inverso. A falta de registro da ANVISA foi desconsiderada pela apresentação de estudos científicos pelos pacientes, mostrando que Soliris é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna.

O Ministro Joaquim Barbosa, que sucedeu Cezar Peluso na Presidência, também é extremamente influenciado por argumentos de justiça distributiva. Na SL 710¹²², tentou-se

¹²⁰ STA 558/PR, Min. Presidente Cezar Peluso, julgamento em 02.09.2011, DJ de 14.09.2011

¹²¹ SS 4304/CE, Min. Presidente Cezar Peluso, julgamento em 19.04.2012, DJ de 02.05.2011

¹²² SL 710/RS, Min. Presidente Joaquim Barbosa, julgamento em 05.09.2013, DJ de 10.09.2013

suspender o fornecimento do medicamento Trastuzumabe (Herceptin), para pacientes acometidas de câncer de mama. No presente caso, Joaquim Barbosa defendeu que a União deveria ter demonstrado que o medicamento para câncer inviabilizaria outras ações tão eficientes quanto essa. Também evidencia preocupação com decisões alocativas em relação a quem atender e a quanto atender, ao afirmar que o grupo de tratamento é aparentemente pequeno e que uma ampola possibilita atender duas pessoas. Finaliza a decisão afirmando que a Constituição não fixa teto para demandar do Estado medicamentos, mostrando que foram considerados argumentos estritamente econômicos para elaborar sua decisão. Veja-se a parte final de sua decisão:

No pior dos mundos possíveis, o acesso à medicação oferece ao paciente esperança, cuja densidade a ele cabe exclusivamente definir. Assim, não há risco à saúde pública na manutenção da decisão. **Em relação ao dano relacionado ao erário, a União não demonstrou que o custeio do medicamento iria inviabilizar outras ações tão ou mais eficientes na área de saúde. O grupo de demanda é aparentemente pequeno (últimos estágios do câncer de mama) e, de acordo com a DPU, uma ampola do fármaco pode tratar até duas pacientes de peso até 55 quilos.** Nesse sentido, o vulto da despesa, tão-somente por si, é insuficiente pra motivar o drástico ato da suspensão de segurança, de liminar ou de tutela antecipada. Exige-se comprovação de inexorável tendência de insolvência estatal, ou seja, da impossibilidade de atendimento de outros deveres públicos primários. **De fato, a Constituição não estabelece um teto pecuniário acima do qual qualquer ente federado se tornaria imune à jurisdição (grifo nosso).**

Na STA 748¹²³, também sob a Presidência do Ministro Joaquim Barbosa, o Município de Maceió tenta a suspensão de procedimento de estimulação magnética transcraniana, no valor de R\$68.000,00 (sessenta e oito mil reais). Conforme alegações do município, o procedimento não teria se adequado aos protocolos clínicos do SUS, tendo o valor sido orçado por um médico particular. Sobre esse caso, Joaquim Barbosa pronunciou-se, *in verbis*:

Em momento algum afirma a necessidade insofismável da utilização deste tratamento específico e a inexistência de outro tratamento apto a preservar a saúde do demandante. **Nesta senda, seria por demais injusto com os demais cidadãos necessitados relativizar o princípio da reserva do**

¹²³ STA 748 MC/AL, Min. Presidente Joaquim Barbosa, julgamento em 28.02.1014, DJ de 07.03.2014

possível para conceder um tratamento alternativo de R\$ 68.000,00 (sessenta e oito) mil reais, notadamente porque este valor causaria abalos injustificáveis às finanças municipais, o que certamente refletiria no fornecimento de tratamentos específicos a outros administrados mais necessitados (grifo nosso).

Todos esses casos servem para mostrar as dificuldades que a reserva do possível e a visão de direitos na ótica de custos orçamentários proporcionam aos magistrados. Enquanto, na STA 198, Gilmar Mendes utilizou a reserva do possível para permitir a concessão de medicamento que custa mais de dois milhões de reais aos cofres estaduais, na STA 139, Ellen Gracie afirmou que um medicamento de três mil reais causava embaraço ao planejamento estatal. Enquanto, na STA 245, um medicamento de mais de cem mil reais não traz prejuízo às finanças municipais, na STA 748, Joaquim Barbosa vale-se da mesma teoria para afirmar que, certamente, uma pretensão que custa apenas sessenta e oito mil reais irá abalar as finanças municipais. Portanto, uma análise mais detida da jurisprudência do STF em suspensões de antecipação de tutela já demonstra as arbitrariedades que a reserva do possível causa para um sistema de direitos, mesmo com as eventuais diferenças fáticas de cada caso. Não importando que não possuem as informações gerenciais típicas de um gestor público, os juízes, movidos por considerações de justiça distributiva, fazem considerações sobre a onerosidade ou não de determinado medicamento aos cofres públicos, em detrimento do uso de critérios jurídicos, substituindo o juízo dos gestores. Assim, os juízes, que deveriam oferecer argumentos jurídicos para a resolução das lides para aferir se as demandas são juridicamente abusivas ou não, passam a tentar dizer se aquele valor é ou não financeiramente abusivo, o que provoca grandes inconsistências. Percebe-se que a reserva do possível não é uma teoria plausível para um sistema de direitos.

3.4 Para uma independência entre direito e economia

Como foi visto, uma visão de direitos a partir do mínimo existencial e da reserva do possível acaba provocando confusão entre os sistemas jurídico e econômico. Portanto, uma teoria adequada que defenda os direitos dos indivíduos frente ao Estado, deve considerar a autonomia entre direito e economia.

Para entender a relação entre direito e economia na afirmação de direitos, mais especificamente, na resolução de demandas de saúde, deve-se entender, que para que um sistema possua sua unidade, é necessário que se diferencie. É a partir do princípio da diferenciação que se tem o ponto de partida da teoria dos sistemas. Esse princípio preconiza que o sistema não é uma unidade, mas uma diferença¹²⁴. A diferença entre o sistema e o entorno permite que se individualize o próprio sistema, e que as suas operações ocorram. Também, para que essa diferenciação se mantenha presente, é necessário que as operações ocorram dentro do próprio sistema, e não no entorno (clausura de operação). No plano das operações não pode haver contato com o entorno, de forma que as operações não se podem produzir no entorno¹²⁵. Sendo assim, as operações intrínsecas ao sistema jurídico não podem operar no sistema econômico. Da mesma maneira, as operações do sistema econômico não podem operar no sistema jurídico, senão se teria uma confusão entre os dois sistemas.

O conceito de clausura de operação conduz a outros dois pontos também importantes na teoria dos sistemas: auto-organização e autopoiesis. A auto-organização refere-se à existência de estruturas próprias dentro do sistema¹²⁶, enquanto a autopoiesis significa que o sistema produzirá suas operações em sua rede de operações. Um sistema é autopoietico não apenas quando produz suas estruturas dentro dessa rede de operações, mas também quando ele se autorreproduz a partir do seu nível de operações¹²⁷.

Nesse sentido, o argumento da reserva do possível não identifica o sistema jurídico como um sistema autopoietico, uma vez que condiciona a existência de direitos à existência de recursos, ou seja, operacionaliza o sistema do direito no nível de operações da economia, reproduzindo-se o direito a partir da economia. Tampouco há clausura de operação, uma vez que tal teoria confunde os códigos do direito com os da economia, e faz ruírem os limites que separam os sistemas.

O problema da reserva do possível é que destrói de vez a fronteira entre o direito e a economia, sendo incapaz de fornecer uma solução satisfatória para uma solução da relação entre direito e economia que permita a autonomia operativa entre os dois sistemas. Na dinâmica da reserva do possível, os direitos do indivíduo só existem até onde a proteção do mínimo existencial se desenvolve. Se for passado esse mínimo, o indivíduo passa a ficar

¹²⁴ LUHMANN, 1996, p.77

¹²⁵ LUHMANN, 1996, p.78

¹²⁶ LUHMANN, 1996, pp.84-85

¹²⁷ LUHMANN, 1996, p.90

extremamente dependente da presença de condições financeiras pelo Estado. Com isso, a estrutura normativa dos direitos fica de lado, para uma interpretação valorativa do magistrado. Com outras palavras, seus direitos vão até o ponto em que o Estado possui a “benignidade” de reconhecê-los por possuir condições financeiras ou, quando houver judicialização, até o ponto em que o Estado-juiz interpreta a extensão do conteúdo mínimo de direitos.

Por outro lado, não se pode afirmar que a economia não produz nenhum efeito ou estímulo ao direito. Considerando a operação do direito estritamente dentro do sistema jurídico e da economia estritamente no sistema econômico, como conseguir captar as interferências da escassez na concretização de direitos?

A relação entre os sistemas acontece por intermédio do acoplamento estrutural. Este conceito, junto com o de autopoiese, estão associados para combater a ideia de que o conteúdo do direito seja determinado por outros sistemas¹²⁸. Dessa forma, os sistemas podem atuar de forma destrutiva em relação ao direito, mas não podem determinar o seu conteúdo, a sua estrutura ou a sua operação. Enquanto a autopoiese garante o funcionamento do sistema jurídico mediante sua própria rede de operações, proporcionando autonomia ao direito, o acoplamento estrutural permite que não seja alheio aos outros sistemas, evitando o engessamento operacional do direito.

Também, o acoplamento estrutural veio para substituir a ideia de causalidade abrangente da teoria dos sistemas abertos, em que há uma ligação causal para conectar inputs e outputs, para a de relações simultâneas¹²⁹. Se houver alguma relação de causalidade entre sistema e entorno, ela ocorre por meio do acoplamento estrutural, já que o funcionamento interno do sistema está revestido contra o entorno¹³⁰.

O acoplamento estrutural possui um padrão altamente seletivo para selecionar o que pode produzir efeitos no sistema, filtrando o que é conveniente para produzir efeitos. Portanto, pode-se falar que atua de maneira ortogonal à operação do sistema¹³¹. O

¹²⁸ LUHMANN, 1992, p.1432. Nesse sentido, Luhmann enfatiza: “The twin concepts of closure and structural coupling exclude the idea of information ‘entering’ the system from the outside”.

¹²⁹ LUHMANN, 1992, p.1432

¹³⁰ LUHMANN, 1996, p.98. Luhmann explica: “El concepto de acoplamiento estructural que no puede haber ninguna aportación del entorno que sirva para mantener el patrimonio de autopoiesis de um sistema [...] Las causalidades que se puedan observar en la relación entre sistema y entorno están colocadas exclusivamente en el plano de los acoplamientos estructurales”.

¹³¹ LUHMANN, 1996, p.204

acoplamento é, assim, uma forma de seleção e redução de complexidade. Ele transforma informações do entorno em estrutura sistêmica.

Por causa da auto-organização, ou seja, pela existência de estrutura própria, não há uma importação de estruturas do entorno. No entanto, a interação com outros sistemas ou com o ambiente promove irritações, advindas da confrontação entre estruturas estabilizadas do sistema com o entorno. Assim, o sistema processaria a informação, transformando-a em estrutura¹³². A reação do sistema pode dar-se mediante a identificação ou a indiferença.

Por causa dos institutos da autopoiese e do acoplamento estrutural, pode-se construir uma teoria que consiga manter a autonomia do direito frente à economia e à política, mas, ao mesmo tempo, que não o transforme em um sistema totalmente dissociado do ambiente e de outros sistemas. Embora todos os sistemas utilizem a comunicação, possuem códigos e funcionamento operativo próprios.

A economia utiliza os códigos propriedade e dinheiro. Embora uma transação possa produzir efeitos no sistema jurídico e no econômico, seus efeitos são completamente diferentes, porquanto possuem critérios diferentes nos quais funcionam suas respectivas redes de operações. A relação entre direito e economia dá-se mediante acoplamento estrutural numa forma específica de propriedade e contrato¹³³.

Outrossim, a escassez é um fator de irritação entre direito e economia. Embora direitos devam ser concretizados, há um custo para sua implementação. No entanto, a escassez não pode ser utilizada para causar a colonização do direito pela economia, isto é, não se pode pensar o direito apenas a partir da dinâmica de custos orçamentários, importando estruturas econômicas para o cenário jurídico. Contudo, a escassez pode servir para a produção de uma irritação do direito por si mesmo, proporcionando a construção de novas estruturas que considerem a questão orçamentária.

Da mesma forma, não se pode importar da política a necessidade de julgar demandas de saúde conforme critérios de justiça distributiva, pois, com isso, a autonomia do direito é rompida, já que o sistema jurídico deixa de se reproduzir mediante critérios jurídicos. Assim, ao julgarem demandas que pleiteiam medicamentos de alto custos, juízes não podem decidir direitos com base em considerações de como alocar recursos públicos. Isso, além de

¹³² LUHMANN, 1996, p.100

¹³³ LUHMANN, 1992, p.1435

quebrar um sistema de direitos, viola a separação de poderes, porquanto o juiz que decide conforme critérios de justiça distributiva é um juiz-administrador, isto é, que, em vez de utilizar argumentos jurídicos em suas decisões, procura dar destino aos recursos públicos procurando como alocá-los.

Para entender o que vem ocorrendo no Brasil com relação aos direitos de cidadãos que necessitam de medicamentos excepcionais, pode-se construir uma metáfora, que eu denomino metáfora dos coelhos na cartola. Pense que várias pessoas vão assistir a um espetáculo de mágica, e um grande mágico vai apresentar um truque. Ele vai mostrar a elas que a cartola está vazia. Assim, esse mágico fala algumas palavras mágicas e, misteriosamente, coloca as mãos dentro da cartola, retirando um lindo coelho branco. As pessoas ficam maravilhadas, mas ao mesmo tempo perplexas de terem visto aquela cartola vazia, mas, depois, dela sair um fabuloso coelho. Pode-se interpretar esse grande mágico como o Estado-juiz, e a plateia como a sociedade. No cotidiano, várias pessoas demandam medicamentos e serviços médicos do Estado, e necessitam de uma providência. Da mesma forma que um mágico necessita oferecer alguma diversão para a plateia, o Judiciário precisa oferecer alguma resposta para a grande quantidade de demandas que a ele são levadas. Nesse espetáculo, as pessoas ficam ansiosas, mas quietas para se atentarem ao desenrolar da apresentação. Quando demandam medicamentos extremamente custosos que foram negados administrativamente, os indivíduos necessitam esperar com atenção ao desenrolar do processo judicial, mas necessitam de urgência, pois suas doenças os fazem infligir dores, muitas vezes, trágicas.

Eis o cerne da metáfora. Quando se afirmam teorias que minam a autonomia do direito, os direitos dos cidadãos ficam frágeis assim como coelhos na cartola. Nesse sentido, os coelhos representam direitos, e a cartola, os demais sistemas que se situam no entorno do direito. A colonização do direito pela economia ou pela política permite que os juízes tratem direitos dos indivíduos como truques de mágica. Quando confrontado com casos complexos e difíceis, o juiz mágico oferece aos cidadãos um discurso mágico, que os impressiona, mas ao mesmo tempo os deixa perplexos. Assim, se ficar convencido de que aquela demanda por determinado medicamento de alto custo é plausível, o juiz mágico retira o coelho da cartola, isto é, afirma aquela pretensão jurídica, de modo que o público se alegra, bate palmas, e o espetáculo termina com sorrisos. No entanto, se não ficar convencido, não retira o coelho da cartola, o espetáculo irá terminar de modo trágico para a plateia, e, no final, cada um irá atônito para a sua casa com o sentimento de que daquela vez a sorte não operou ao seu favor.

Assim, o mínimo existencial e a reserva possível fazem parte desse espetáculo, pois enfraquecem os direitos do indivíduo. Os juízes oferecem ao cidadão um discurso sofisticado com teorias difíceis de se aferir no caso concreto, que acabam adquirindo um caráter mágico. Porém, nada passa de um truque, pois tais teorias acabam conferindo ao juiz a capacidade de, ao seu bel prazer, negar ou conceder as demandas judiciais que lhe são apresentadas. Nesse espetáculo, ter direitos consiste em ter sorte. Para fazer um contraponto à visão de Sunstein de direitos na ótica de custos orçamentários, poderíamos dizer que levar a escassez a sério implica levar a sorte a sério.

4 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DE DEMANDAS DE SAÚDE

4.1 Ativismo judicial

A discussão da imposição pelo Poder Judiciário da prestação de serviços médicos ou da entrega de medicamentos envolve também questionar qual a delimitação da atuação do Judiciário frente aos outros poderes, isto é, implica pensar a separação de poderes. Nesse sentido, há uma série de fatores que complexificam a realidade, gerando um intenso debate sobre o papel do Judiciário em relação ao ativismo judicial e judicialização da política.

Ainda no século XVIII, Madison já postulava que a separação de poderes não exigia a separação absoluta dos três poderes. Também já sinalizava que o grau de separação, essencial a um governo livre, necessita de um mecanismo que forneça os instrumentos para uns fiscalizarem os outros¹³⁴. Não se pode esquecer de que a concentração política em um poder pode provocar um movimento crescente e ameaçador das liberdades individuais, conduzindo a uma tirania¹³⁵. Madison percebeu uma tendência natural do homem à aquisição de poder. Este tende a estender-se e, se não tomadas as medidas cabíveis, ocorre a usurpação das prerrogativas de um poder pelo outro. Dessa forma, a solução brilhante que Madison encontrou foi revestir suficientemente cada poder para evitar a influência preponderante de outro, devendo estar cada um dentro dos limites prescritos¹³⁶.

Após a Constituição de 1988, acentuou-se a discussão no Brasil sobre um eventual deslocamento da centralidade das pautas do Poder Judiciário perante o Legislativo e o Executivo, e sobre a imposição de determinadas atuações ao Poder Público para a efetivação de direitos sociais. Muito se fala no Brasil sobre ativismo judicial, mas não se tem uma noção clara sobre as delimitações e implicações que tal conceito nos traz. No entanto, para avançar, é necessário entender as discussões que pairam em torno da intromissão do Judiciário em

¹³⁴ HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p.305

¹³⁵ HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p.306

¹³⁶ HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p.305

assuntos políticos. Para isso, far-se-á uma análise das tentativas de definir do que se trata, portanto, ativismo judicial no cenário brasileiro.

Talvez a definição mais conhecida é a oferecida por Barroso, para o qual ativismo judicial é “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance¹³⁷”. Sob essa perspectiva, o ativismo judicial seria uma expansão do alcance da Constituição para casos em que não há expressa previsão constitucional, a fim de atender às demandas sociais, muitas vezes, em virtude da inércia do Poder Legislativo, e impondo a ele condutas ou abstenções, sobretudo quando o assunto é políticas públicas¹³⁸. “É um modo expansivo de se interpretar a Constituição para levar seus princípios a situações que não foram expressamente previstas nem pelo constituinte nem pelo legislador. É uma atuação que interfere mais intensamente com o espaço dos outros poderes¹³⁹”.

Diferentemente, a judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais¹⁴⁰”. Acrescenta que esse processo de judicialização da política ocorreu em virtude da redemocratização, que envolveu o Judiciário no atendimento de demandas por justiça da sociedade; uma constitucionalização abrangente, que trouxe questões políticas para a Constituição; e o controle de constitucionalidade brasileiro, que leva para o poder Judiciário questões politicamente e moralmente relevantes¹⁴¹. Em outras palavras, judicialização da política significa “a transferência do poder político, via arranjos institucionais, para o Judiciário¹⁴²”.

Com efeito, a visão de Barroso, tanto em relação ao ativismo, quanto à judicialização da política é errônea, por confundir os papéis realizados pelo direito e política para uma devida atuação do Judiciário. Inclusive, para explicar a relação entre direito e política, ele utiliza de forma totalmente contraditória uma metáfora, na qual o direito é

¹³⁷ BARROSO, 2012, p.25

¹³⁸ BARROSO, 2012, p.26

¹³⁹ CONJUR. **Congresso é responsável pela judicialização da política, afirma Barroso**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsavel-judicializacao-politica-barroso>> Acesso em: 20.ago.2015

¹⁴⁰ BARROSO, 2012, p.24

¹⁴¹ BARROSO, 2012, pp.24-25

¹⁴² CONJUR. loc. cit.

política, mas também não é¹⁴³. Se o direito é e não é política, ele perde suas características próprias e, conseqüentemente, sua autonomia operacional, já que depende da política para funcionar. Ora, contornos tão fracos entre direito e política enfraquecem o Estado Democrático de Direito, permitindo que juízes interfiram indevidamente em políticas públicas, competindo com o Executivo.

Além disso, tal conceito de judicialização da política promove usurpação de competências pelo Judiciário, e, mais do que isso, promove vitimização do Poder Judiciário frente à suposta inércia do Legislativo. Esse argumento desloca a culpa para o Legislativo, pois se o Legislativo é negligente, alguém tem de decidir, não ocorrendo tal transferência de poder político por vontade do Judiciário¹⁴⁴.

Elival Ramos conceitua o ativismo como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa¹⁴⁵”. Essa disfunção consiste em ultrapassar o marco material da jurisdição, a partir da interpretação e aplicação da lei, provocando a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes¹⁴⁶”. Entretanto, Elival possui compreensão insuficiente em relação ao desenvolvimento teórico do direito nos últimos tempos, defendendo a volta a um positivismo kelseneano, ou como ele denomina, “positivismo renovado” a partir da diferenciação entre discricionariedade legislativa e discricionariedade judicial¹⁴⁷. Mal sabe ele que esse positivismo renovado, que afirma a discricionariedade do juiz, diante de uma textura aberta – para Hart – ou de um quadro normativo – para Kelsen – dá ao magistrado capacidade de criar norma jurídica ao

¹⁴³ BARROSO, 2012, p.29. No mesmo sentido da crítica, TASSINARI (2012, p.19): “[...] da forma como foi exposto, em sendo Direito Política, mas também em não o sendo, pela leitura do autor, a Política ganha uma acentuada carga de subjetivismo. Essa questão termina por refletir diretamente no propósito de seu texto: embora o artigo de Barroso seja por ele elaborado com a finalidade de realizar a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, de fato, ele não possibilita tal distinção.”

¹⁴⁴ CONJUR. loc. cit. Afirma Barroso: “esta judicialização da vida no Brasil é um fato, ela é produto de um arranjo institucional, não é um ato de vontade do Judiciário, há um arranjo institucional que potencializa a judicialização das questões [...] Em última análise, quem é senhor do maior ou menor grau de judicialização é o próprio Congresso, porque na medida em que ele atue, o Supremo não irá atuar”

¹⁴⁵ RAMOS, 2010, p.79

¹⁴⁶ RAMOS, 2010, p.84

¹⁴⁷ Essa é a conclusão a que chega Elival Ramos, como se percebe no seguinte trecho: “O positivismo jurídico continua a ser o modelo teórico mais adequado à compreensão conformadora de ordenamentos de perfil democrático, edificados sobre os princípios do Estado de Direito, com ou sem a presença de Constituições dotadas de supremacia formal [...] Já no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete (2010, pp.209-212)”.

caso concreto quando se deparar com lacunas normativas. Ou seja, o ativismo judicial, que ele vê como uma postura negativa, é defendida por ele mesmo, ao defender o retorno desse positivismo renovado.

Outro conceito de ativismo judicial é o proposto por Lenio Streck. Assim, o ativismo ocorre “quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)¹⁴⁸”. Assim, o ativismo judicial seria um problema de comportamento dos magistrados, os quais fazem juízos políticos que substituem a Constituição e a legislação. Seria um extravasamento do Judiciário, um revestimento de supremacia, exercendo competências que não lhe foram outorgadas constitucionalmente¹⁴⁹. Já a judicialização da política é um fenômeno judicial decorrente do aumento da litigiosidade. Independe da vontade do Judiciário, estando relacionado ao reconhecimento de direitos e à ineficiência do Estado¹⁵⁰.

Portanto, parece existir uma panaceia entre os autores brasileiros quanto ao conceito de ativismo. Faz-se necessário buscar as origens desse fenômeno no direito comparado.

Primeiramente, a atuação dos magistrados foi defendida por Sir Edward Coke. Antes de 1688, a Inglaterra e suas colônias adotavam a tese defendida por Coke, segundo o qual o juiz constituía autoridade arbitrária entre o Rei e a Nação¹⁵¹. Essa postura foi adotada como artifício teórico contra o rei Stuart, na qual era função dos juízes garantir a common law dos arbítrios do parlamento, de um lado, e do soberano, de outro¹⁵².

Inescrupulosamente, a Revolução Gloriosa marcou a ascensão do parlamento na Inglaterra e, conseqüentemente, houve abandono da tese de Coke e adoção da Supremacia do Parlamento. No entanto, a postura de Coke continuou ativa nas colônias inglesas, pois, nas colônias, o Judiciário era responsável por manter a lei inglesa a salvo dos ataques contrários à sua efetivação. Ainda mais, as ex-colônias poderiam aprovar as suas leis, mas desde que não fossem contrárias às leis do Reino da Inglaterra e, desse modo, não contrárias à vontade do Parlamento¹⁵³. Assim, explica-se a aparente contradição de o princípio da supremacia do

¹⁴⁸ STRECK, 2009, p.15

¹⁴⁹ TASSINARI, 2012, p.25

¹⁵⁰ STRECK; TASSINARI; LEPER, 2015, p.54

¹⁵¹ CAPPELLETI, 1984, p.58

¹⁵² CAPPELLETI, 1984, p.59

¹⁵³ CAPPELLETI, 1984, p.61

parlamento inglês haver dado origem ao princípio da supremacia do judiciário nas ex-colônias inglesas, pois a supremacia da vontade do parlamento deveria ser transposta para as colônias, gerando a supremacia do judiciário para assegurar a do parlamento.

Nos Estados Unidos, o famoso caso *Marbury v. Madison* (1803) inaugurou o controle de constitucionalidade de leis. No caso *Lochner v. New York*, (1905) discutia-se a limitação da jornada de trabalho efetuada por lei de Nova Iorque, afetando a liberdade contratual de um padeiro, o qual se chamava *Lochner*. No caso, decidiu-se que a lei violava a liberdade contratual, que estava inclusa na 14ª Emenda, não havendo espaço para que o Estado interfira na liberdade de um padeiro, estabelecendo jornada máxima de sessenta horas semanais. Nesse caso, já se percebe uma intensa atuação da Suprema Corte norte-americana no sentido de interferir na liberdade legislativa, a partir de uma interpretação restritiva do texto constitucional.

Malgrado já houvesse sinais do desenvolvimento de postura ativista da Suprema Corte, apenas em 1947 foi documentado pela primeira vez o termo “judicial activism”, pelo jornalista Arthur Schlesinger na revista *Fortune*. Na primeira vez em que apareceu, o ativismo judicial apareceu em contraposição à autocontenção judicial (*judicial restraint*). O jornalista mostrou o perfil dos juízes da Suprema Corte norte-americana, dividindo os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge como “ativistas judiciais”, em contraposição aos juízes Frankfurter, Jackson e Burton, que eram os “campeões da autocontenção judicial”. Já os juízes Reed e Vinson ficavam num grupo intermediário¹⁵⁴.

Kmiec apresenta cinco modos possíveis de definir ativismo judicial: I) a invalidação de ações constitucionalmente defensáveis de outros poderes; II) a desconsideração de precedentes; III) a atividade legislativa judicial; IV) o afastamento dos cânones de interpretação; V) julgamentos com resultados pré-determinados¹⁵⁵.

Michael Perry apresenta outra definição totalmente diferenciada de ativismo judicial, diferenciando-o de “judicial review” e de passivismo judicial (*judicial passivism*) ou autocontenção (*self-restraint*). Para ele, o “judicial review” consiste na “prática de questionar e, às vezes, rejeitar ações governamentais na base de normas político-morais fundamentais¹⁵⁶”. Enquanto no passivismo judicial ou autocontenção, o *judicial review*

¹⁵⁴ KMIEC, 2004, p.1446.

¹⁵⁵ KMIEC, 2004, pp.1463-67

¹⁵⁶ PERRY, 1984, p.69

baseia-se apenas nas normas estabelecidas – explicitamente ou implicitamente – na Constituição escrita, no ativismo judicial, as bases do judicial review não se confinam nas normas constitucionais, ultrapassando-as¹⁵⁷. Esse sentido de ativismo judicial aproxima-se fortemente do conceito apontado por Barroso.

Já em relação à autocontenção judicial, Posner define-a apresentando três sentidos, sendo eles o legalismo (ou formalismo), a competência institucional e a autocontenção constitucional. Nesse sentido, Posner explicita-os:

(1) judges apply law, they don't make it (call this "legalism"-though "formalism" is the commoner name--or, better, "the law made me do it"); (2) judges defer to a very great extent to decisions by other officials--appellate judges defer to trial judges and administrative agencies, and all judges to legislative and executive decisions (call this "modesty," or "institutional competence," or "process jurisprudence"); (3) judges are highly reluctant to declare legislative or executive action unconstitutional--deference is at its zenith when action is challenged as unconstitutional (call this "constitutional restraint")¹⁵⁸.

Destarte, o ativismo judicial é um conceito ambíguo, com vários possíveis significados, e também muito disputado entre os autores. Existe uma panaceia em relação ao seu conceito e extensão, tanto na literatura brasileira, quanto na estrangeira. Alguns defendem o ativismo no contexto de defesa dos direitos fundamentais, levando à expansão interpretativa além do texto constitucional. Outros defendem o ativismo como dentro de um cenário negativo, podendo assumir várias frentes, como a indevida intromissão em assuntos políticos governamentais, a atividade legislativa dos juízes, a utilização de juízos individuais para o julgamento de casos constitucionais.

Para fins do presente trabalho, considera-se o ativismo dentro de um cenário negativo de confusão entre o direito e a política e entre o direito e a economia, proporcionando atuação indevida dos magistrados em expandir arbitrariamente o espaço de atuação do Judiciário frente aos demais poderes, ferindo o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, o ativismo judicial insere-se na discussão dos limites da atuação judicial. No âmbito da saúde, implica discutir se os juízes, para concederem ou não demandas

¹⁵⁷ PERRY, 1984, p.69

¹⁵⁸ POSNER, 2012, pp.520-521

de medicamentos, precisam desenvolver em seus votos discussões políticas envolvendo justiça distributiva e escolhas alocativas, isto é, se o Judiciário, ao apreciar demandas que pleiteiam prestações do Estado no âmbito da saúde, deve preocupar-se com o bem-estar geral da população ou com a alocação de recursos para distribuí-los conforme as necessidades gerais. Para enfrentar a questão da delimitação da atuação dos juízes, serão discutidos modelos intensamente discutidos no cenário jurídico contemporâneo e traçados por importantes teóricos da teoria geral do direito.

4.2 O juiz Hércules

Dworkin possui sérias objeções em relação ao ativismo judicial. Ele enfrenta o ativismo mediante a diferenciação de duas visões de Constituição. Primeiramente, pode-se entender que a Constituição oferece ordens abstratas para que o governo trate os cidadãos com igual consideração e respeito. Essa primeira visão funda uma Constituição de princípios, que permite ao Judiciário interpretar essas exigências constitucionais abstratas no caso concreto¹⁵⁹. Uma segunda postura vê os direitos e garantias fundamentais da Constituição como apenas a repetição de algo que aconteceu no passado e que foi votado pelos estadistas que a redigiram e votaram. Essa segunda visão, diferentemente da primeira, inaugura uma Constituição de detalhes, isto é, as garantias são construídas por intermédio dos pontos de vista históricos do passado¹⁶⁰.

Dessa forma, Dworkin faz um questionamento, e ele mesmo responde: que Constituição se deve ter? A resposta que ele possui a tal questionamento é que a melhor Constituição que se deve ter, que oferece a melhor interpretação para os direitos e garantias fundamentais constitucionais é, não uma Constituição de detalhes, mas uma Constituição de princípios¹⁶¹.

¹⁵⁹ DWORKIN, 2003, p.166

¹⁶⁰ DWORKIN, 2003, p.166-167

¹⁶¹ DWORKIN, 2003, p.171

Portanto, o ativismo judicial estaria inserido na visão da Constituição de detalhes, que é uma interpretação prejudicial para os direitos e garantias fundamentais constitucionais. O ativismo seria um rótulo enganoso como vários outros como não interpretacionistas, defensores dos direitos não enumerados, os quais extrapolam os limites da Constituição para justificar o fato de que alguns juízes seguem a Constituição e outros não. Dworkin combate essa visão, a fim de defender a integridade no direito, que se diferencia tanto do historicismo, do originalismo ou do passivismo.

Dworkin oferece crítica à tão apaixonada distinção entre “judicial activism” e “judicial self-restraint”. Para ele, o passivismo (judicial restraint) promove “grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os ‘ativos’ declaram essas decisões inconstitucionais sempre que as desaprovam, o que é uma tirania¹⁶²”. O passivismo possui o problema de não resolver soluções para as grandes questões constitucionais, de forma que, se os problemas forem levados ao tribunal, deve-se esperar uma solução pelo Legislativo. Embora pareça atraente para uma teoria que delimite a atuação dos magistrados, limitando o juiz a impor sua vontade às majorias políticas, é extremamente problemática quando estão sendo discutidos direitos das minorias perante os grupos minoritários¹⁶³. Assim, o passivismo mina os direitos constitucionais do cidadão contra a maioria política, já que o Judiciário não seria instância legitimada para afirmar os direitos dos cidadãos, devendo buscar o Legislativo para solucionar grandes questões.

Por seu turno, o ativista desconsidera as práticas constitucionais para impor seu ponto de vista. Dworkin entende o ativismo judicial como prática de desconsiderar os precedentes, de imposição desmedida de pontos de vista individuais aos outros poderes, de afastamento da prática constitucional, ignorando-a. Portanto, o conceito de ativismo para Dworkin não se distancia muito das cinco possíveis definições expostas por Kmiec. Vejamos as considerações de Dworkin sobre o ativismo:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a

¹⁶² DWORKIN, 1999, p.442

¹⁶³ DWORKIN, 1999, p.451

outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima¹⁶⁴.

Ultrapassada a discussão entre “judicial activism” e “judicial self-restraint”, Dworkin propõe o direito como integridade, que faz parte do projeto de uma Constituição de princípios, em contraposição à Constituição de detalhes. Na Constituição de princípios, os direitos fundamentais expressos no texto constitucional são interpretados como exigências abstratas aos governantes de respeitar os cidadãos, mas permitindo que o Judiciário decida o significado desses critérios no caso concreto¹⁶⁵. Portanto, é uma visão que proporciona muito poder aos juízes, na medida em que proporciona a estes a capacidade de decidir sobre grandes questões constitucionais que inquietam a sociedade, marcada pelo dissenso. Dworkin reconhece esse poder, mas defende que a Constituição é um projeto mais nobre do que a Constituição de detalhes, e marcado pela interpretação.

Embora tenham poder para definir o significado das disposições constitucionais sobre direitos fundamentais no caso concreto, os juízes são limitados pela interpretação. Dworkin nega que os juízes utilizem seus juízos próprios para a decisão de casos jurídicos, desconsiderando as práticas constitucionais, assim como fazem os ativistas. Ao contrário, “os juízes devem justificar suas sentenças por meio de argumentos de princípio e de integridade que possam ser criticados pelo meio jurídico e avaliados pela opinião pública¹⁶⁶”. Examinemos, primeiramente, a limitação dos juízes pela exigência do uso de argumentos de princípio.

Enfrentando essa questão, Dworkin propõe a diferenciação entre argumentos de princípio e argumentos de política. Enquanto a política é um padrão focado em objetivos, com o intuito de proporcionar uma melhoria para a comunidade, o princípio é um padrão que se observa em virtude de uma exigência de justiça ou de equidade¹⁶⁷. Sendo assim, os argumentos de política pretendem atender à coletividade, mediante o alcance de objetivos coletivos. Por seu turno, os argumentos de princípio estão focados em direitos individuais¹⁶⁸.

¹⁶⁴ DWORKIN, 1999, pp.451-452

¹⁶⁵ DWORKIN, 2003, p.166

¹⁶⁶ DWORKIN, 2003, p.173

¹⁶⁷ DWORKIN, 2002, p.36

¹⁶⁸ DWORKIN, 2002, p.141

Para Dworkin, o juiz deve decidir os casos que lhes são apresentados com argumentos de princípio, mas não com de política.

Ficando firmado que os juízes têm que se preocupar com direitos, muitas vezes em detrimento da comunidade como um todo, Dworkin faz uma nova diferenciação, a fim de explicitar com que tipos de direitos os quais os juízes devem se preocupar. Há os direitos preferenciais (ground rights), que “fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato¹⁶⁹”. Por seu turno, os direitos institucionais justificam decisões de uma instituição política específica. Os direitos concretos são objetivos políticos mais específicos do que os direitos abstratos, e, diferentemente destes, expressam peso quando comparados com outros objetivos¹⁷⁰. Quando decidem questões, os juízes devem decidir casos difíceis com base em direitos concretos e em direitos institucionais¹⁷¹. Logo, quando tem um caso à sua frente, o juiz deve considerar justificações que confirmem ou neguem um direito, não pensando no bem-estar geral sociedade, como ocorre no utilitarismo, mas considerando a relevância do direito concreto da parte, observando o seu peso perante outros objetivos políticos.

Essa construção teórica serve como pesada objeção ao utilitarismo, o qual beneficia o cidadão se sua demanda produz maior bem-estar para a sociedade. Se a questão da saúde fosse pensada em termos de eficiência econômica, chegar-se-ia à conclusão de que a concessão de antecipações de tutela da distribuição de medicamentos de alto custo por parte do Judiciário causa danos irreparáveis ao planejamento e aplicação das políticas públicas formuladas pelos governos em cada esfera da federação, pois reduz a eficiência da alocação dos gastos públicos. No entanto, essa é uma visão simplista da realidade, necessitando de maior sofisticação, pois pode provocar grandes injustiças e danos irreparáveis aos mais necessitados.

A atuação dos magistrados também pode ser limitada mediante a crítica jurídica e a opinião pública pelos argumentos oferecidos nas situações em concreto, para verificar se os juízes utilizaram argumentos pautados no direito como integridade. Podemos separar dois princípios de integridade: o legislativo e o jurisdicional. Pelo princípio legislativo, exige-se que o legislador torne o conjunto normativo moralmente coerente, enquanto o princípio

¹⁶⁹ DWORKIN, 2002, p.145

¹⁷⁰ DWORKIN, 2002, pp.145-146

¹⁷¹ DWORKIN, 2002, p.158

jurisdicional exige que os juízes vejam as leis como um conjunto coerente¹⁷². O foco, portanto, está na integridade pelo princípio jurisdicional, que “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor expressando uma concepção coerente de justiça e equidade¹⁷³”.

A integridade não se preocupa apenas com o passado ou apenas com o presente, mas com ambos. Preocupa-se com o passado para buscar inspiração, mas se preocupa com o futuro, a fim de proporcionar uma melhor justificação possível que possibilite o bom andamento das práticas constitucionais. Em relação ao passado, não se pretende buscar a verdadeira intenção do autor, porquanto inacessível no momento em que se interpreta o material normativo. Portanto, a integridade não necessita de uma reconstituição do caminho traçado pelo legislador, a fim de descobrir o que estava pensando naquele momento. A história serve à integridade para se perceber que as decisões políticas tomadas no passado são justificadas por um sistema de princípios, que apresentam coerência para as práticas jurídicas atuais¹⁷⁴. Diferentemente dos historicistas, que partem do passado e fazem uma interpretação imaginativa para descobrir a intenção do locutor, a integridade parte do presente, mas pode referir-se ao passado, não como condição obrigatória, mas quando preciso, a fim de buscar inspiração na coerência que o passado pode oferecer ao presente.

Dworkin cria o juiz Hércules, cuja atividade interpretativa se baseia nessas duas características que devem integrar a interpretação dos juízes. Hércules elabora suas decisões mediante argumentos de princípio, e não de política. Também, argumenta mediante integridade, considerando o ordenamento como um conjunto coerente. Hércules é um juiz imaginário que possui paciência, capacidade, sabedoria, sagacidade sobre-humanas¹⁷⁵. Ele possui talentos acima do que um homem comum possui e também tempo infinito ao seu dispor.

Hércules descobre o princípio que se encaixa não apenas àquele precedente específico, mas às outras decisões de sua jurisdição geral e às leis¹⁷⁶. Para isso, exerce uma atividade interpretativa que não se preocupa exclusivamente com o passado ou com o futuro, mas tanto um quanto outro. Dworkin compara a atividade interpretativa do juiz a um romance

¹⁷² DWORKIN, 1999, p.213

¹⁷³ DWORKIN, 1999, pp.271-272

¹⁷⁴ DWORKIN, 1999, pp.273-274

¹⁷⁵ DWORKIN, 2002, p.165

¹⁷⁶ DWORKIN, 2002, p.181

em cadeia. Embora diversas decisões judiciais constituam o objeto de apreciação do juiz, Hércules deve fazer a melhor interpretação possível como se os diversos precedentes fossem produzidos por um único autor.

Hércules, antes de resolver a lide que lhe foi posta, seleciona várias hipóteses para chegar à melhor interpretação dos precedentes¹⁷⁷. Dentre as interpretações aceitáveis, ele escolhe a alternativa que melhor apresenta a estrutura das instituições e decisões da comunidade¹⁷⁸. Ele vê o direito como constituído por princípios que formam um conjunto coerente, e é nessa medida que esse conjunto forma uma comunidade de princípios¹⁷⁹. A partir desse todo, Hércules encontra a única solução correta para o caso concreto.

Esse ordenamento observado pelo juiz Hércules é composto por regras jurídicas e princípios jurídicos, cuja diferenciação é de natureza lógica. Embora tanto princípios quanto regras sejam padrões que oferecem obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, diferenciam-se em relação à natureza da orientação que tais padrões oferecem. A orientação das regras ocorre na base do tudo-ou-nada, isto é, frente aos caracteres estipulados pelas regras, elas são válidas ou inválidas. Em outros termos, ou a regra é utilizada como resposta para a decisão, ou ela não é utilizada, e não contribui para a decisão de um caso. Para Dworkin, as regras podem ter exceções, mas estas podem em sua totalidade serem arroladas, tornando o conteúdo da regra mais completo¹⁸⁰. Por seu turno, os princípios possuem dimensão de peso, e quem resolverá o conflito possui o dever de considerar a força relativa de cada princípio¹⁸¹.

Com efeito, considerando a argumentação jurídica, a teoria da única decisão correta de Dworkin parece contraintuitiva, despertando várias críticas quanto à possibilidade de apenas uma decisão correta. Uma crítica das mais conhecidas é a de Alexy, para o qual apenas uma decisão correta não é viável. Ao abordar as condições limitantes do discurso jurídico, Alexy expõe a lei, os precedentes e a dogmática (ou teoria dos direitos fundamentais). Em relação ao terceiro fator limitador, a teoria dos direitos fundamentais, Alexy defende que “não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos

¹⁷⁷ DWORKIN, 1999, p.288

¹⁷⁸ DWORKIN, 1999, p.306

¹⁷⁹ DWORKIN, 1999, p.291

¹⁸⁰ DWORKIN, 2002, pp.39-40

¹⁸¹ DWORKIN, 2002, p.42

fundamentais¹⁸²”. Embora Alexy também defenda que os princípios possuem um caráter *prima facie*, para ele esse caráter não conduz a apenas uma resposta correta, mas apenas a uma argumentação baseada em princípios. Portanto, conferir ao caráter *prima facie* relações de concretas precedência concreta implica criar regras de decisão para o caso concreto e, quando se joga a exigência de apenas uma decisão correta para todo e qualquer caso, deve-se ter uma regra de decisão para todos os casos que envolvem direitos fundamentais, o que é impensável. Para isso, dever-se-ia criar uma lista com todos os casos possíveis com regras de decisão para os direitos fundamentais, enrijecendo indevidamente a teoria dos princípios¹⁸³. Portanto, exigir dos princípios uma única decisão correta para todo caso acaba tornando-os rígidos, entrando no dilema de ter que possuir regras que orientem a relação concreta de precedência para tudo.

Outra crítica formulada por Alexy está na formulação dworkiniana das regras. Ao negar o caráter *prima facie* das regras, Dworkin entra em grave problemática. Para Dworkin, as regras têm um caráter definitivo, e em tese, é possível enumerar todas as exceções à regra. Alexy discorda disso, porquanto “nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção¹⁸⁴”. Ao criar cláusulas de exceção para as regras, estas acabam perdendo seu caráter de definitividade.

Críticas a Dworkin também são feitas por Marcelo Neves. Talvez a mais pesada se refira à moralidade conduzida por Dworkin, que o conduz ao estágio da pré-modernidade. Para desenvolver essa crítica, é preciso mostrar como Dworkin traz a moralidade para o direito. Primeiro, veja-se a noção de princípio para Dworkin: “I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality¹⁸⁵”. Dworkin constrói o seu conceito de princípio a partir da exigência de uma dimensão de moralidade, que está associada a uma moralidade comunitária. Dworkin pontua como ele concebe essa exigência de moralidade:

Hercules’ theory of adjudication at no point provide for any choice between his own political convictions and those he takes to be the political

¹⁸² ALEXY, 2015, p.571

¹⁸³ ALEXY, 2015, p.572

¹⁸⁴ ALEXY, 2015, p.104

¹⁸⁵ DWORKIN, 1977, p.22

convictions of the community at large. On the contrary, his theory identifies a particular conception of community morality as decisive of legal issues; that conception holds that community morality as decisive of legal issues; that conception holds that community morality is the political morality presupposed by the laws and institutions of the community. He must, of course, rely on his own judgment as to what the principles of that morality are, but this form of reliance is the second form we distinguished, which at some level is inevitable¹⁸⁶.

Nesse trecho, Dworkin defende que o juiz Hércules não usa suas concepções pessoais e as toma como as convicções da comunidade. Ao contrário, ele identifica uma concepção particular de moralidade e a toma como decisiva. Hércules concebe que a moralidade comunitária é pressuposta pelas instituições e pelo direito. "Em Dworkin, os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico¹⁸⁷".

Dworkin, no seguinte trecho, afirma que todos os princípios de moralidade política possuem vigência na comunidade, constituindo princípios jurídicos:

There is no such thing as 'the law' as a collection of discrete propositions, each with its own canonical form. People have legal rights, and principles of political morality figure, in ways I have tried to describe, in deciding what legal rights they have. If we mean, by a 'legal principle', a principle that is in principle eligible for this role, then all the principles of political morality that have currency in the community in question, at least, are legal principles¹⁸⁸.

Para Dworkin, todos os princípios da moralidade política entram como princípios jurídicos. Hércules é um sujeito que faz esses princípios morais passarem pela prova da coerência, em um processo de "descoberta" e de controle de consistência constitucional, para que possua validade jurídico-constitucional, mas também para que os princípios morais não se dissipem nos intensos conflitos existentes na moralidade comunitária¹⁸⁹.

No seguinte trecho, Dworkin defende que o juiz Hércules tem que defender os direitos institucionais, ou seja, a moralidade constitucional comunitária contra opiniões inconsistentes, porém populares:

¹⁸⁶ DWORKIN, 1977, p.126

¹⁸⁷ NEVES, 2014, p.55

¹⁸⁸ DWORKIN, 1977, p.344

¹⁸⁹ NEVES, 2014, p.55

Individuals have a right to the consistent enforcement of the principles upon which their institutions rely. Is this institutional right, as defined by the community's constitutional morality, that Hercules must defend against any inconsistent opinion however popular¹⁹⁰.

Assim, chegamos ao cerne da crítica a Dworkin. A teoria dos princípios de Dworkin enfraquece sobremaneira a fronteira entre direito e moral, não oferecendo uma distinção clara entre ambos¹⁹¹. Para Neves, a própria noção de moralidade comunitária é problemática, pois implica que se partilhem valores ou representações morais comuns, o que é típico de sociedades pré-modernas¹⁹².

Em relação à necessidade do consenso na sociedade moderna, Marcelo Neves faz uma crítica mais ampla, que não atinge somente Dworkin, mas também Habermas. “A hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses, torna praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito¹⁹³”. Para Neves, a sociedade moderna não é marcada pelo consenso, mas o mundo da vida se apresenta como espaço de reprodução do dissenso intersubjetivo¹⁹⁴.

Habermas supõe o consenso na prática cotidiana do mundo da vida, cuja racionalização ocorre na esfera pública por meios generalizados de comunicação. No entanto, a esfera pública deve ser entendida a partir do dissenso estrutural, intermediando-o de forma generalizada, e não o amortizando ou evitando¹⁹⁵. “Nessa perspectiva, a esfera pública pode ser compreendida, no sentido estrito, como campo de tensão entre mundo da vida, de um lado, e sistemas político e jurídico, de outro¹⁹⁶”.

Dessa forma, o espaço público apenas atenua o dissenso, por intermédio do procedimento, mas não o elimina completamente. Uma solução que exige apenas uma resposta correta como a de Dworkin seria solução extremamente simplista diante da complexidade da sociedade contemporânea. Para Marcelo Neves, o consenso apenas deve

¹⁹⁰ DWORKIN, 1977, p.126

¹⁹¹ NEVES, 2014, p.55

¹⁹² NEVES, 2014, p.59-60

¹⁹³ NEVES, 2006, p.127

¹⁹⁴ NEVES, 2006, p.128

¹⁹⁵ NEVES, 2006, p.131

¹⁹⁶ NEVES, 2006, p.131

ocorrer no que tange aos procedimentos, o que possibilita o dissenso conteudístico na esfera pública¹⁹⁷.

Habermas oferece importante crítica a Dworkin, no que tange à construção do juiz Hércules a partir de um princípio monológico. Esse princípio monológico afirma que o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, possuindo um privilégio cognitivo, apoiando-se na sua capacidade interpretativa¹⁹⁸. “Tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir interinamente a integridade da comunidade jurídica¹⁹⁹”.

Realmente, Dworkin confere ao juiz grandes poderes ao dotá-lo da capacidade de reconstruir racionalmente o direito. Quando defende uma Constituição de valores, acredita seriamente que os juízes possuem o poder de interpretar os direitos fundamentais no caso concreto e dizer de forma final o seu conteúdo, cabendo apenas aos cidadãos aceitar o veredito do Tribunal. Vejamos o posicionamento de Dworkin:

O Supremo Tribunal terá de decidir, o que significa que os juízes deverão responder a questões difíceis e profundas de moral política que os filósofos, estadistas e cidadãos já vêm debatendo há séculos, sem chegar a uma perspectiva de consenso. Isso significa que nos caberá apenas aceitar o veredito de uma maioria de juízes cujo conhecimento dessas grandes questões não parece ser particularmente especial [...] Essa forma de governo concede grande poder aos juízes. Para todos os efeitos práticos, os tribunais federais e, por fim, o Supremo Tribunal têm a última palavra sobre quais direitos a Constituição afirma e protege e, portanto, sobre o que os governos nacionais e estaduais não podem fazer²⁰⁰.

O princípio monológico do juiz Hércules é inadequado à sociedade moderna. Diferentemente do que Dworkin pensa, não se pode aceitar que os Tribunais possuam a última palavra sobre a interpretação dos direitos fundamentais, porquanto a esfera pública permite que os argumentos de todos os participantes sejam relevados. Todos somos possíveis intérpretes da Constituição, e não nos cabe apenas aceitar o veredito do Tribunal. A concepção dworkiniana é extremamente equivocada ao subvalorizar o papel dos demais integrantes da esfera pública como possíveis autores da cadeia argumentativa. Habermas

¹⁹⁷ NEVES, 2006, p.136

¹⁹⁸ HABERMAS, 1997a, p.276

¹⁹⁹ HABERMAS, 1997a, p.277

²⁰⁰ DWORKIN, 2003, pp.167-168

defende que “o juiz singular tem que conceber a sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos²⁰¹

4.3 O juiz “ponderador”

As decisões do juiz, para Alexy, devem se basear numa argumentação racional. A partir dessa racionalidade da argumentação jurídica, extrai-se a cientificidade da jurisprudência e a legitimidade das decisões judiciais²⁰². Existem casos que não se enquadram totalmente em normas jurídicas, regras do método jurídico e doutrinas de dogmática jurídica, exigindo do julgador uma postura discreta, e uma escolha que afirma uma proposição normativa singular. A escolha do juiz envolve um julgamento de valor, pois é uma decisão do que deve ser feito ou não, com base em preferência de uma ação ou forma de comportamento sobre outras, consistindo em julgamento de que uma alternativa é melhor do que outra²⁰³.

Esse julgamento de valor tem uma conotação moral, mas em virtude de algumas condições limitantes, adquire racionalidade, de onde extrai sua legitimidade²⁰⁴. Portanto, juízes, para Alexy, cuidam de questões morais, ou melhor, as decisões jurídicas têm que ser orientadas por julgamentos de valor moralmente corretos²⁰⁵. É a partir da tese do caso especial (sonderfallthese) que Alexy delinea a especificidade da argumentação jurídica em relação às outras categorias de discurso. Por essa tese, o “discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral²⁰⁶”.

²⁰¹ HABERMAS, 1997a, p.278

²⁰² ALEXY, 2001, p.13

²⁰³ ALEXY, 2001, pp.19-20

²⁰⁴ Defendendo a relevância moral dos juízos de valor, Alexy enfatiza: “[...] não se trata da tese principal, que os julgamentos de valor devem ser concebidos como julgamento morais, mas só da tese muito mais fraca que eles são moralmente relevantes. Isso, ao menos, não pode ser contestado, quando concordamos com que (1) toda decisão jurídica toca nos interesses de pelo menos uma pessoa e (2) a questão, se a limitação aos interesses de uma pessoa é justificada, também pode ser sempre apresentada como uma questão moral (2001,pp.21-22)”.

²⁰⁵ ALEXY, 2001, p.22

²⁰⁶ ALEXY, 2001, p.212

Alexy apresenta regras e formas para o discurso prático geral, no intuito de possibilitar maior probabilidade de acordo em assuntos práticos²⁰⁷. O discurso prático possui limitações, uma vez que não consegue produzir um acordo em todas as situações, nem que, havendo um acordo, ele seja final e irreversível. Por isso, são necessárias as regras jurídicas, partindo-se para o discurso jurídico²⁰⁸. A argumentação jurídica, para Alexy, possui uma dupla faceta. Enquanto revela um caráter autoritativo (institucional ou real), também possui um caráter livre (discursivo ou ideal). O primeiro ocorre na medida em que as razões levadas a cabo e estabelecidas institucionalmente levam a decisões definitivas, e não meras sugestões ou propostas. Dessa forma, o caráter autoritativo revela o estabelecimento de material autoritativo, no qual a argumentação jurídica é estabelecida institucionalmente. O segunda faceta da argumentação jurídica possibilita que haja maior liberdade do intérprete, até certo ponto, frente a possíveis lacunas no material autoritativo. Em relação aos precedentes, a liberdade conferida é maior, uma vez que se pode livremente, por meio dos argumentos jurídicos, criticar decisões judiciais. Dessa forma, uma teoria adequada deve buscar reunir ambas as facetas, e a tese do caso especial tenta justamente fazer isso²⁰⁹.

Voltando à tese de Alexy, a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral. Para justificar a tese do caso especial, são apontadas três razões. A primeira e segunda razões estão relacionadas com a identificação do discurso jurídico com o discurso prático geral, enquanto a terceira razão se relaciona com a especificidade que identifica o discurso jurídico. Elas podem ser assim explicitadas: a) o discurso jurídico preocupa-se com questões práticas; b) o discurso jurídico possui pretensão de correção; c) o discurso jurídico pretende a correção dentro e com base em um ordenamento jurídico validamente existente²¹⁰.

Habermas coloca-se contra a tese do caso especial de Alexy. Para ele, a tese provoca a subordinação do direito à moral, retornando a preceitos de direito natural. Isso não seria adequado a uma diferenciação entre direito e moral surgida no nível pós-convencional de fundamentação²¹¹. Alexy responde a tal objeção afirmando que o discurso prático geral não

²⁰⁷ Alexy divide as regras em regras básicas; regras da racionalidade; regras para partilhar a carga da argumentação; regras de justificação; regras de transição. A diferença entre formas e regras é que as primeiras são utilizadas apenas para certos tipos de argumento. No entanto, as formas podem ser reformuladas como regras, na medida em que “requerem que em certas situações de argumento usemos determinadas formas e apenas certas formas de argumento (ALEXY, 2001, p.204, nota 29)”.

²⁰⁸ ALEXY, 2001, pp.200-201

²⁰⁹ ALEXY, 2014, p.93

²¹⁰ ALEXY, 2014, p.93

²¹¹ HABERMAS, 1997, p.291

se confunde com discursos morais no sentido habermasiano. Os discursos jurídicos não estão intrinsecamente conectados aos discursos morais, mas aos discursos práticos gerais, que envolvem não apenas razões morais, mas também razões éticas e pragmáticas. A diferença entre os discursos práticos gerais e os discursos jurídicos seria que estes considerariam razões institucionais, enquanto aqueles não²¹².

Para Alexy, a argumentação jurídica está submetida a limitações, que são a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática, que conferem racionalidade ao discurso jurídico. São feitos julgamentos de valor, mas a partir das regras e formas que conformam o discurso não se pode chegar a um único resultado no caso concreto, pois as valorações não podem ser deduzidas diretamente do material normativo. Portanto, a racionalidade do discurso jurídico está no estabelecimento de um controle racional desse juízo valorativo²¹³.

Transpondo a teoria da argumentação jurídica para os direitos fundamentais, Alexy aposta uma solução baseada no procedimento. Assim, traça um modelo baseado em quatro níveis para comprovar a racionalidade jurídica no âmbito dos direitos fundamentais. “Os quatro níveis do modelo são: (1) o discurso prático geral; (2) o processo legislativo; (3) o discurso jurídico; e (4) o processo judicial²¹⁴”. O primeiro nível, o qual é o discurso prático geral, é formado por regras e formas que, muitas vezes, não conseguem chegar a um resultado ou, quando conseguem, não levam à uma conclusão²¹⁵. Portanto, o discurso prático geral é falho em se chegar a uma decisão, o que é suprido pelos próximos níveis. No nível do processo legislativo, chega-se a uma decisão que, no entanto, não é capaz de suprir a dificuldade de encontrar uma solução para cada caso. O nível do discurso jurídico serve para reduzir as incertezas não resolvidas nos níveis anteriores, mas não elimina. Assim, surge o nível do processo judicial, cujos resultados podem ser racionais, desde que satisfaçam os requisitos da vinculação à lei, ao precedente e à dogmática²¹⁶.

A vinculação à lei representa vinculação ao texto que apresenta disposições de direitos fundamentais e, também, à vontade do legislador constituinte, que podem ser analisadas mediante regras de interpretação. No entanto, a vinculação à lei é relativizada, em

²¹² ALEXY, 2014, p.97

²¹³ ALEXY, 2015, p.548

²¹⁴ ALEXY, 2015, p.550

²¹⁵ ALEXY, 2001, p.267. O autor apresenta as razões para a fraqueza das regras e formas do discurso prático geral: “(1) as regras do discurso não estipulam que premissas normativas devem constituir o ponto de partida para qualquer discurso [...] (2) nem todos os passos da argumentação estão fixados, e (3) há algumas regras do discurso que só podem ser satisfeitas parcialmente, sempre resta a possibilidade de não se chegar a acordo”.

²¹⁶ ALEXY, 2015, pp.550-551

virtude da abertura do texto das disposições de direitos fundamentais, do qual não se pode extrair, muitas vezes, uma inferência suficiente da história constitucional ou, então, não consegue produzir os resultados requeridos pela lei²¹⁷. A partir da vinculação ao precedente, obtém-se da decisão da Corte Constitucional uma regra de decisão para o caso concreto²¹⁸. Já a dogmática, ou seja, uma teoria dos direitos fundamentais somente é possível por uma teoria dos princípios ou, como princípios e valores para Alexy são a mesma coisa, por uma teoria dos valores ou teleológica geral²¹⁹.

Portanto, a racionalidade da argumentação jurídica no caso dos direitos fundamentais é controlada a partir de uma noção de princípios. A distinção entre princípios e regras é essencial para entender os limites dos direitos fundamentais, até porque, para Alexy, os direitos fundamentais possuem uma dupla natureza, de princípios e regras, já que as disposições de direitos fundamentais são formadas por normas-regra e normas-princípio²²⁰.

A teoria dos princípios de Alexy pode ser delineada em três principais teses: a tese da otimização, a lei da colisão e a lei do balanceamento²²¹.

Em termos gerais, a melhor ideia para operar uma distinção entre princípios e regras é a de otimização. Princípios são ”mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas²²²”. Enquanto os princípios são satisfeitos em graus, as regras são satisfeitas ou não. Princípios são comandos de otimização (optimization commands), e regras são comandos definitivos (definitive commands)²²³.

Pode-se diferenciar princípios de regras a partir da solução que é dada à colisão entre normas. Na colisão entre regras, introduz-se uma cláusula de exceção, invalidando uma das regras. Na colisão entre princípios, um possui precedência sobre o outro, em determinadas condições²²⁴. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões

²¹⁷ ALEXY, 2015, p.552

²¹⁸ ALEXY, 2015, p.556

²¹⁹ ALEXY, 2015, p.561

²²⁰ ALEXY, 2015, p.141

²²¹ ALEXY, 2000, p.295-296

²²² ALEXY, 2015, p.90

²²³ ALEXY, 2000, p.295

²²⁴ ALEXY, 2015, pp.92-93

entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso²²⁵”.

O balanceamento (ou ponderação) possui papel importante na interpretação dos direitos fundamentais e está intrinsecamente ligado à teoria dos princípios de Alexy. Chego agora ao ponto central desse tópico, qual seja, o da ponderação, e foi por isso que o denominei de “o juiz ponderador”. A ponderação insere-se em um contexto maior, que é a máxima ou “princípio” da proporcionalidade²²⁶. A máxima da proporcionalidade pode subdividir-se em máximas parciais, as quais são adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade estão relacionadas com as possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade se relaciona com a otimização das possibilidades jurídicas²²⁷.

Para Alexy, “interpretar os direitos fundamentais de acordo com o princípio da proporcionalidade é trata-los como requisitos de otimização, quer dizer, como princípios e não simplesmente como regras ²²⁸”. Portanto, ele faz uma associação forte entre a proporcionalidade e os direitos fundamentais. O discurso de direitos fundamentais serve para suprir a lacuna surgida no processo argumentativo no âmbito dos direitos fundamentais. Os níveis do discurso prático geral, do processo legislativo e do discurso jurídico possuem falha de controle racional dos resultados da argumentação nos direitos fundamentais, necessitando do argumento de uma autoridade que reduza a incerteza gerada no processo argumentativo. Essa autoridade que promove a institucionalização em sentido estrito é a autoridade judicial, ou melhor, uma autoridade de jurisdição constitucional. “A institucionalização de uma jurisdição constitucional cujas decisões sejam passíveis e carentes de fundamentação e crítica em um discurso racional no âmbito dos direitos fundamentais é algo inteiramente racional²²⁹”.

Logo, as incertezas no processo argumentativo apenas são sanadas com o surgimento de um tribunal constitucional ofereça uma decisão racional para os direitos fundamentais. Dentro da lógica de interpretação dos direitos fundamentais aparece o princípio da proporcionalidade, que serve para dar racionalidade ao discurso jurídico. O Judiciário, assim, interpreta racionalmente direitos fundamentais, a partir da sua dimensão de princípio, e

²²⁵ ALEXY, 2015, p.94

²²⁶ Convém lembrar que a proporcionalidade não é propriamente um princípio, mas uma regra. Seus elementos, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não têm precedência entre si e nem podem ser sopesadas, isto é, ou são aplicadas ou a sua não aplicação provoca uma ilegalidade. Nesse sentido, ALEXY (2015, p.117, nota 84).

²²⁷ ALEXY, 2006b, p.2

²²⁸ ALEXY, 2006b, p.2

²²⁹ ALEXY, 2015, p.574

do método do balanceamento. Logo, os direitos fundamentais associam-se à necessidade de otimização, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, podendo ser sopesados como princípios. Estes estão conectados aos valores, diferenciando-se deles por se situarem no plano deontológico, enquanto os valores, no plano axiológico²³⁰.

Com efeito, Alexy possui uma posição problemática de princípios e valores, com efeitos sobre os direitos fundamentais. Aceitar que os princípios possuem a mesma natureza dos valores, implica permitir que haja um sopesamento entre direitos fundamentais, de um lado, e valores, de outro.

Habermas critica a atuação do Tribunal Constitucional Alemão, em relação ao desenvolvimento de uma “doutrina da ordem de valores”, na qual se insere a teoria de Alexy. Nesse sentido, os princípios acabam sendo transformados em valores, vistos sob a ótica de mandamentos de otimização e que podem ser ponderados²³¹. “E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores, referida a casos²³²”. Portanto, o tribunal constitucional acaba transformando-se em instância autoritária, já que a colisão permite que qualquer razão assuma o caráter de argumentos políticos (policy arguments), fazendo ruir a muralha de fogo que promove a natureza deontológica das normas e princípios, levantada pelo discurso legal²³³.

Como visto, a racionalidade da argumentação jurídica é ponto central para Alexy, pois dela deriva a cientificidade da jurisprudência e a legitimidade das decisões judiciais. Habermas ataca essa pretensão de racionalidade, porquanto, “na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos²³⁴”.

Alexy responde às críticas de Habermas a partir de um aprofundamento da estrutura do balanceamento. O princípio da proporcionalidade subdivide-se em três princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que dizem respeito a mandamentos de otimização. “O princípio da adequação exclui a adoção de meios que

²³⁰ ALEXY, 2015, p.146

²³¹ HABERMAS, 1997, pp.314-315

²³² HABERMAS, 1997, p.315

²³³ HABERMAS, 1996a, pp.258-259

²³⁴ HABERMAS, 1997, pp.321-322

obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados²³⁵”. Em outras palavras, se um meio excluir qualquer princípio sem obter sua finalidade, ele estará descartado pela adequação. A necessidade requer a utilização de um meio que promova determinado princípio de modo a interferir de forma menos intensa em outro princípio. Se a adoção de um meio adequado promove um princípio, mas, ao mesmo tempo, interfere negativamente em outro, será necessário o balanceamento. A adequação e a necessidade visam à otimização das possibilidades fáticas. Por seu turno, a proporcionalidade em sentido estrito enuncia que o balanceamento consiste na otimização de princípios concorrentes. O balanceamento pode ser dividido em três etapas. A primeira consiste em estabelecer o grau de não-satisfação de um princípio, e a segunda, na importância de satisfazer o princípio concorrente. A última etapa é caracterizada pela prevalência de um dos princípios concorrentes, justificada pela maior importância da satisfação ou não-satisfação dos princípios. Sendo assim, a proporcionalidade em sentido estrito permite a otimização das possibilidades jurídicas²³⁶.

Alexy sugere que pelo método da ponderação há como controlar racionalmente a interferência e a intensidade, os graus de importância e as relações entre si dos princípios. Assim, a partir da adequação e da necessidade a muralha de fogo não ruiria. Agora, se não houvesse o controle proporcionado por esses princípios, a muralha de fogo seria mais do que danificada, ela desapareceria²³⁷.

Outra crítica feita a Alexy refere-se à sua concepção entre legislação e jurisdição. Para esse teórico, uma das condicionantes que permitem a racionalidade do discurso jurídico é a vinculação à lei, a qual consistiria na vinculação aos dispositivos de direitos fundamentais e à vontade do legislador, que poderia ser analisada mediante regras de interpretação. Para Habermas, Alexy não consegue diferenciar os discursos que envolvem a jurisdição e o elaboração da legislação (governing legislation). Não há como o Judiciário ou a Administração acessar as razões que o legislador político usa. Negar isso provoca a destruição das bases racionais para uma funcional separação dos poderes, porquanto a crença no acesso

²³⁵ ALEXY, 2003, p.136

²³⁶ ALEXY, 2003, p.136

²³⁷ ALEXY, 2003, p.137

às razões do legislador provoca decisões que criam conteúdos legais não amparadas pela tradicional separação de poderes²³⁸.

4.4 O juiz Iolau

Marcelo Neves cria o juiz Iolau, em contraposição a um juiz Hidra ou a um juiz Hércules²³⁹. Introduzindo a história, Hércules colocou-se aos serviços de Euristeu, o qual lhe impôs doze trabalhos. O segundo trabalho foi combater a Hidra de Lerna, uma serpente que possuía a capacidade de fazer renascer as cabeças à medida que eram destruídas. Para fazer frente à serpente, Hércules pediu ajuda de seu sobrinho Iolaos (ou Iolau)²⁴⁰. Enquanto Hércules destruía as cabeças de Hidra, Iolau cicatrizava as feridas com um tição. Dessa forma, as cabeças pararam de ressurgir, conseguindo derrotar o tenebroso monstro.

Na resolução dos problemas jurídicos, Hidra representa a abertura, a flexibilização do sistema jurídico proporcionada pelos princípios, abrindo possibilidade para a argumentação²⁴¹. “Mas os princípios, por si sós, não solucionam os casos a que se pretende aplica-los. A solução de casos jurídicos, no Estado de direito, depende de regras²⁴²”. Por seu turno, Hércules representa o caráter das regras, que fecham a cadeia argumentativa, e absorvem a incertezas da aplicação normativa em seu estágio inicial²⁴³.

Portanto, os casos difíceis não podem ser solucionados apenas por uma excessiva abertura dos princípios, ou então, pelo fechamento trazido pelas regras. Ou seja, nem Hidra nem Hércules; mas Iolau, que possui a solução para Hércules e a cauterização das feridas de

²³⁸ HABERMAS, 1996b, p.1532

²³⁹ Cabe ressaltar que o juiz Hércules com Marcelo Neves adquire uma conotação diferente da figura criada por Dworkin. Enquanto o juiz dworkiniano serve para aplicar os princípios nos casos difíceis, impedindo o exercício do poder discricionário pelo juiz, o juiz de Neves refere-se ao fechamento provocado pelas regras. Nesse sentido, explica NEVES (2014, pp.XVI-XVII): “Para Dworkin, nas situações em que o caso não pode ser solucionado por regras, devem incidir os princípios jurídicos, fundados moralmente, que impediriam todo e qualquer espaço ou poder discricionário para o juiz Hércules. Em nossa formulação, ao contrário, os princípios têm o caráter de Hidra, enquanto as regras são hercúleas”.

²⁴⁰ GRIMAL, 1982, pp.89-90

²⁴¹ NEVES, 2014, p.XVII

²⁴² NEVES, 2014, p.XVIII

²⁴³ NEVES, 2014, p. XVIII

Hidra. Assim, Iolau é um juiz com a capacidade de enfrentar o paradoxo entre regras e princípios jurídico-constitucionais no Estado constitucional. “Ele não se prende rigidamente a regras, impedindo que o direito responda adequadamente a demandas complexas da sociedade²⁴⁴”.

A relação entre princípios e regras remete a um paradoxo de justiça como “contingência”. Assim, a justiça teria a dimensão interna, que exige a tomada de decisão consistente juridicamente (autorreferência), enquanto a dimensão externa permite uma decisão adequadamente complexa à sociedade (heterorreferência)²⁴⁵.

Assim, a atividade do magistrado consiste em atender ao equilíbrio entre adequação social e consistência jurídica no caso concreto. “Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente²⁴⁶”. Portanto, o magistrado pode deparar-se com esse paradoxo e tentar buscar uma resposta no caso concreto que possua uma solução que equilibre as exigências interna e externa da justiça, mas chegará a um equilíbrio imperfeito, e também não conseguirá eliminar o paradoxo que existe no direito²⁴⁷.

4.5 O mágico juiz Cartola

Cartola não é um juiz imaginário, como o juiz Hércules de Dworkin é. Basta entrar em um Tribunal, que você o achará decidindo várias demandas de saúde. Ele não é um juiz superpoderoso, com capacidade, inteligência e talento sobre-humanos. Ele possui racionalidade e capacidade limitadas, até porque é responsável por grande quantidade de processos, e não consegue dar imensa atenção a todos os processos que vai julgar. Cartola sabe que não tem todo o tempo do mundo para julgar os processos, pois sabe que depois do

²⁴⁴ NEVES, 2014, p.222

²⁴⁵ NEVES, 2014, p.224

²⁴⁶ NEVES, 2014, p.226

²⁴⁷ NEVES, 2014, p.225

trabalho tem que buscar o filho na escola ou, nas sextas-feiras, como de praxe, precisa levar a esposa para jantar ou sair com os amigos. Cartola não possui paciência extraordinária, aliás, ele sente fome, sede e cansaço, e isso influencia a maneira como ele apreende as informações que lhe são postas.

Cartola acredita seriamente no poder dos princípios, que o ajudam a resolver todas as controvérsias jurídicas. Portanto, é importante possuir um catálogo bem extenso e atualizado dos princípios jurídicos, pois quem sabe quando vai precisar usá-los? Cartola ama utilizar a ponderação, pois lhe proporciona legitimidade, e é um argumento de peso nas suas decisões. Assim, quando se vê diante de uma controvérsia jurídica, já vai visualizando os princípios que estão conflitando.

Também acredita com firmeza na força do Poder Judiciário, que é o guardião da lei. No caso do Supremo Tribunal Federal, é o guardião supremo da Constituição Federal, que possui a última palavra quando decide sobre grandes questões constitucionais. Assim, as decisões do Supremo sobre casos importantes são verdades últimas, uma vez que os ministros da Corte possuem vasta formação jurídica, de modo que as suas decisões são estritamente técnicas. O Legislativo, por sua vez, é instância que possui descrédito crescente na população brasileira, com deputados e senadores incautos e despreocupados com a população. Assim, onde houver falha do Legislativo para com a Constituição, deve atuar o STF como o guardião da Constituição, pois o texto maior lhe conferiu tal atribuição.

Cartola, ao atuar como magistrado, depara-se frequentemente com demandas que pleiteiam medicamentos. Ele assiste diariamente aos telejornais que mostram o descaso do governo com os cidadãos. Assim, quando chega uma demanda de saúde em seu gabinete, ele já parte da presunção de que o Executivo foi incompetente em garantir o devido acesso a medicamentos daquela pessoa, necessitando da intervenção do Judiciário para remediar o descuido, a falta de zelo dos outros poderes com o cidadão. Entretanto, não se preocupa nem em saber quais são as políticas públicas existentes de assistência farmacêutica e como se funcionam, pois juízes se preocupam com direitos, e não com políticas públicas. Formular políticas públicas é problema exclusivamente dos outros poderes, e essa questão não lhe interessa.

Cartola, ao mesmo tempo, é fascinado pelo mínimo existencial e pela reserva do possível, tendo-as como duas visões importantes para lidar com os direitos. Ao atuar na primeira instância, esse juiz concede a maioria das demandas que lhe são apresentadas, pois possui medo de negar a concessão de um medicamento e ser o responsável pela morte de uma

pessoa, o que lhe pode causar sérios danos psicológicos. Portanto, usa o mínimo existencial para tudo. Se for um juiz mais duro, Cartola nega demandas com mais frequência, já que, muitas vezes, o valor da demanda é extremamente alto, saltam-lhe os olhos, de forma que o Estado não possui condições financeiras de arcar com tantos gastos.

A construção do juiz Cartola não pretende substituir as importantes discussões sobre como os juízes, de forma ideal, devem se comportar. No entanto, serve para mostrar como no contexto brasileiro há uma distância enorme entre as discussões travadas no campo teórico entre grandes ícones do direito e a forma simplista e cheia de preconceitos que muitos juízes adotam para tratar demandas de saúde. Talvez esse juiz seja extremamente cheio de desvirtudes, existindo magistrados com algumas características dele, mas outras não. Mesmo assim, boa parte dos magistrados brasileiros assim pensa em relação ao tratamento dado aos direitos fundamentais dos indivíduos. No fundo, acabam oferecendo um discurso mágico que transforma direitos em peças frágeis de um grande espetáculo²⁴⁸.

²⁴⁸ Sobre o discurso mágico dos magistrados, veja-se o tópico 3.4.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, o sistema de saúde brasileiro insere-se em contexto mundial de grandes mudanças populacionais, no meio técnico-científico e no padrão das doenças enfrentadas pela população. Assim, essa nova realidade demanda um aumento de gastos por parte das instâncias governamentais. Há de se frisar que o aumento de gastos não se transforma automaticamente em aumento nos índices de saúde, nem revela a eficiência do governo na gestão do sistema de saúde.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 pretendeu inaugurar um novo cenário para a saúde no Brasil. Herdamos um modelo extremamente centralizador e de baixa preocupação com a saúde coletiva, mas centrado na medicina previdenciária, deixando milhares de pessoas à míngua, sem acesso aos cuidados de saúde. Isso, de certa forma, atrapalhou a estruturação de um sistema forte, mas não apenas isso. No país, a saúde historicamente tem sido tratada com descaso, até mesmo depois da Constituição, quando o gasto governamental em saúde reduziu drasticamente, logo após a promulgação da carta constitucional.

No âmbito da assistência farmacêutica, apenas em 1998, isto é, dez anos após a Constituição, que veio à tona o Plano Nacional de Medicamentos, buscando reorientar a assistência farmacêutica. Assim como a saúde como um todo, a assistência farmacêutica também possui antecedentes de extrema centralização, que remonta à Central de Medicamentos e ao Plano Farmácia Básica. Recentemente, em 2004, que foi implantado o Programa Farmácia Popular, dentro das diretrizes do PNM, a fim de expandir a oferta de medicamentos essenciais à maioria da população. Portanto, a experiência brasileira em medicamentos ainda é bem recente, e necessita de maior amadurecimento a partir de maior reflexão por meio do debate acadêmico, institucional e, sobretudo, público.

A diferenciação entre “medicamentos essenciais” e “medicamentos excepcionais” é um ato de violência, que pode produzir injustiças. Contudo, deve-se procurar uma maior inclusão possível. Da mesma forma, a diferenciação entre os medicamentos de alto custo que entrarão ou não na Lista de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional também é um ato de violência, e envolve lidar com o indecível.

A concessão de medicamentos excepcionais pelo Estado também possui um caráter recente. Contudo, é louvável o esforço do Ministério da Saúde em atualizar frequentemente a lista de medicamentos, como ocorreu com as Portarias 1.318 e 2.577. Cabe destacar que a Medicina Baseada em Evidências e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são os atuais critérios para incluir ou excluir determinado medicamento excepcional da lista. Entretanto, esses critérios ainda são desafios importantes para o Estado brasileiro, pois a MBE é prática médica bem recente, de forma que muitos profissionais de saúde ainda não possuem formação específica, nem prescrevem medicamentos de acordo com essas diretrizes.

Malgrado as políticas públicas sejam importantes no contexto de universalização da assistência farmacêutica, não podem ser simplesmente importadas para os discursos judiciais, como vem ocorrendo nos Tribunais brasileiros. Existem duas posições prejudiciais ao direito no tocante à sua relação com a política e a economia. A primeira desconsidera a existência do entorno do sistema jurídico, como se o direito estivesse sozinho e nada mais existisse que oferecesse algum choque com o direito. Ela acaba produzindo decisões extremamente perigosas para a população, mas também para o destino do Estado, cuja máquina acaba sendo utilizada por grandes companhias para escoar seus produtos altamente custosos. A segunda, por seu turno, opera a importação de critérios extrajurídicos para fazer o direito funcionar. Essa postura destrói o sistema de direitos, que fica à mercê dos sistemas da economia e da política.

Por conseguinte, teorias que minam a autonomia do direito funcionam como cartolas que escondem direitos. Os direitos ficam demasiadamente frágeis, e sua concretização fica no campo da benignidade do Estado-juiz, que impressiona os cidadãos com seu discurso mágico. Com efeito, possuir direitos não é uma questão de sorte.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. vol.16, n.2, 2003, pp.131-140

_____. **Habermas's Theory of Legal Discourse**. Cardozo Law Review, vol.17, 2006a, pp.1027-1034.

_____. **On the Structure of Legal Principles**. Ratio Juris. vol.13, n.3, 2000, pp.294-304.

_____. **Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación**. In: Jueces y ponderación argumentativa. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006b.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 2.ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº1, 2012, pp.23-32

BRASIL. **A Assistência Farmacêutica no SUS**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. vol.7. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011a.

_____. **Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica: o que é e como funciona**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

_____. **O Financiamento da Saúde**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. vol.2 Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011b

_____. **O Sistema Único de Saúde**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. vol.1 Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011c

_____. **Para entender a gestão do programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional.** Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2004.

_____. **Política Federal de Assistência Farmacêutica: 1990 a 2002.** Elaborado por Barjas Negri. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BULATAO, Rodolfo A.; STEPHEN, Patience W.; **Global Estimates and Projections of Mortality by Cause, 1970-2015.** Washington, DC: World Bank, 1992.

BURAU, Viola; BLANK, Robert H. **Comparing health policy: An assessment of typologies of health systems.** Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice, vol.8, n.1, 2007, pp.63-76

CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição.** Revista TST, Brasília, vol.68, n.2, abr/jun 2002, pp.67-84.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONJUR. **Congresso é responsável pela judicialização da política, afirma Barroso.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsavel-judicializacao-politica-barroso>> Acesso em: 20.ago.2015

COSTA, Ricardo Cesar Rocha da. **Descentralização, financiamento e regulação: a reforma do sistema público de saúde no Brasil durante a década de 1990.** Rev. Sociol. Polit.2002, n.18, pp. 49-71

DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. **Medicamentos Excepcionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

DERRIDA, Jacques. **Força da lei: o fundamento místico da autoridade.** Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** vol.2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Is democracy possible here? Principles for a new political debate.** Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Havard University Press, 1977.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

G1. **STF determina entrega de cápsulas da USP para paciente com câncer.** Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2015/10/stf-determina-entrega-de-capsulas-da-usp-para-paciente-com-cancer.html>> Acesso em: 13.nov.2015

GUIMARÃES, Carlos Alberto. **Medicina baseada em evidências.** Revista Colégio Brasileiro de Cirurgiões, 2009, v.36, n.5, pp.369-370

GRIMAL, Pierre. **A mitologia grega.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.** Tradução de William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996a.

_____. **Between Facts and Norms: An Author's Reflections.** Denver University Law Review, vol.76:4, 1999, pp.937-942.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. **Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law.** Cardozo Law Review, vol.17, 1996b, pp.1476-1557

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo (parte I).** Tradução de Marcia Sá Calvacante Schuback. 15ªed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

KERBAUY, Maria Teresa Miceli. **Federalismo, descentralização e democracia.** Estudos de Sociologia, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 51-61, 2007.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism".** California Law Review. vol.92, 2004, pp.1441-1478

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Tese de mestrado. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Democracia e federalismo: uma intrincada relação**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ser. a, v. 44, n. 175, p.299-307, jul./set. 2007.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. **Sociologia do direito**. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System**. Cardoso Law Review, n.13, 1992, pp.1419-1441

MANSUR, Marília Coser. **O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990**. Tese de mestrado. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 2001.

MECHANIC, David; ROCHEFORT, David A. **Comparative Medical Systems**. Annual Review of Sociology. vol.22, 1996, pp.239-270

_____. **The Comparative Study of Health Care Delivery Systems**. Annual Review of Sociology, vol.1, 1975, pp.43-65

MEDICI, André. **O desafio da descentralização: financiamento público da saúde no Brasil**. Washington: BIRD, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

NOLTE, Ellen; MCKEE, Martin; WAIT, Suzanne. **Describing and evaluating health systems**. In: Handbook of Health Research Methods: Investigation, Measurements and Analysis. Berkshire: Open University Press, 2005.

OECD. **A New Look at OECD Health Care Systems: Typology, Efficiency and Policies**. In: Economic Policy Reforms 2011: Going for growth. Paris: OECD Publishing, 2011.

OLIVEIRA, Euglébia Andrade; LABRA, Maria Eliana; BERMUDEZ, Jorge. **A produção pública de medicamentos no Brasil: uma visão geral**. Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2006, vol.22, n.11, pp.2379-2389.

PAULUS JUNIOR, Aylton; CORDONI JUNIOR, Luiz. **Políticas públicas de saúde no Brasil**. Revista Espaço para a Saúde, Londrina, v.8, n.1, dez.2006, pp-13-19.

PERRY, Michael J. **Judicial Activism**. Harvard Journal of Law and Public Policy, vol.7, 1984, pp.69-76

PICON, Paulo Dornelles. **Evidência científica e o papel do médico**. In: As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

PORTELA, Alyne da Silva; *et. al.* **Políticas públicas de medicamentos: trajetória e desafios**. Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada, vol.31, n.1, 2010, pp.9-14

POSNER, Richard A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review. vol.100, n.3, 2012, pp.519-556

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. Revista de Direito do Consumidor, vol.61, n.61, jan/mar 2007.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias. 2006, n.16, pp.20-45

STRECK, Lenio Luiz. **OAB entrevista**. OAB in foco. Uberlândia, ago-set 2009, ano IV, n. 20, p.19

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, vol.5, n.2, pp.52-61

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Company, 1999.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Tese de mestrado. São Leopoldo. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.177, p.29-49, jul/set 1989.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV. São Paulo, jul-dez 2008, pp.539-568

WENDT, Claus; FRISINA, Lorraine; ROTHGANG, Heinz. **Healthcare System Types: A Conceptual Framework for Comparison**. Social Policy & Administration, vol.43, n.1, fev.2009, pp.70-90

World Health Organization. **Las 10 causas principales de defunción en el mundo**. Disponível em: < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs310/es/>> Acesso em: 01.set.2015

_____. **World health statistics 2015**. Disponível em: <http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2015/en/> Acesso em: 18.set.2015